



***MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN DE
ABOGADO POR LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA
(EN COLABORACIÓN CON EL ILUSTRE COLEGIO DE
ABOGADOS DE CANTABRIA)***

TRABAJO FIN DE MÁSTER

CURSO ACADÉMICO 2018-2019

TÍTULO

**El delito de hostigamiento o *stalking* tipificado en el artículo 172 ter del
Código Penal, especial consideración del *cyberstalking*, figuras
delictivas afines e implicación e importancia de los avances
tecnológicos.**

WORK TITLE

**The crime of harassment or *stalking* typified in article 172 ter of the
Penal Code, special consideration of *cyberstalking*, related criminal
figures and the implication and importance of technological advances.**

AUTOR: ÁNGEL MARTÍN VILLANUEVA

DIRECTOR: Don ERNESTO SAGÜILLO TEJERINA

Índice.

1. Introducción.....	Pág. 3
2. Introducción al delito de hostigamiento o <i>stalking</i>.....	Pág. 4
2.1 Introducción y derecho comparado.....	Pág. 4
2.2 Concepto.....	Pág. 7
2.3 Tipologías de <i>stalkers</i>	Pág. 9
3. Estudio del artículo 172 ter del Código Penal.....	Pág. 11
3.1 Análisis y alcance del delito de <i>stalking</i>	Pág. 11
3.2 Bien jurídico protegido.....	Pág. 22
3.3 Diferenciación con los delitos de coacciones y amenazas.....	Pág. 24
3.4 <i>Cyberstalking</i>	Pág. 28
4. Caso práctico.....	Pág. 30
5. Figuras afines.....	Pág. 37

5.1 <i>Cyberbullying</i>	Pág. 37
5.2 <i>Grooming</i>	Pág. 40
5.3 <i>Sexting</i>	Pág. 45
6. Implicación e importancia de los avances tecnológicos.....	Pág.49
7. Conclusiones.....	Pág. 59
8. Bibliografía / Webgrafía y Jurisprudencia.....	Pág. 62

1. Introducción.

En el presente trabajo abordaremos el estudio del delito de *stalking*, figura delictiva novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, tipificado en el artículo 172 ter del Código Penal y que se traduce en una serie de actos de hostigamiento repetitivos que llevan a la víctima a alterar de manera grave sus patrones diarios de conducta, haciendo especial hincapié en el análisis del *stalking* u hostigamiento a través de Internet y de los medios de comunicación o *cyberstalking*.

Estableceremos una comparativa con los delitos de coacciones y amenazas, debido a que situaciones que ahora pueden tener su reproche penal específico en el artículo 172 ter, anteriormente se encajaban en los susodichos.

También analizaremos, aunque con menor profundidad, los delitos de

cyberbullying, *grooming* y *sexting*, y fundamentalmente estableceremos como hilo conductor la estrecha relación de esas cuatro figuras delictivas con el imparable avance de Internet y de las tecnologías de la información, poniendo especial énfasis en la desprotección que sufren los menores.

El fenómeno del *cyberbullying*, modalidad comisiva del *bullying* o acoso entre menores a través de la Red, el cual presenta evidentes similitudes con el delito de *cyberstalking*, sin acomodo específico en ningún artículo de nuestro Código Penal pero con su correspondiente reproche a través de otros tipos penales como analizaremos posteriormente.

El delito de *grooming*, o de propuesta sexual cibernética a menores, bajo mi entender se configura, al igual que el *cyberbullying*, como una especie de variante del delito de hostigamiento virtual pero circunscrito evidentemente al ámbito exclusivo del menor, y a cuestiones de índole sexual.

De la misma manera, el delito de *sexting*, que podría traducirse como el envío de contenidos eróticos o pornográficos a través del teléfono móvil (aunque como veremos tiene un contenido más amplio), podría englobarse, al igual que los otros delitos anteriormente referidos, en lo que podríamos denominar acoso a través de la red o acoso cibernético, si bien es verdad que el delito de *stalking* es una figura más heterogénea debido a las múltiples modalidades comisivas que presenta el artículo 172 ter del Código Penal, especialidades que analizaremos a continuación.

Con el objetivo de enriquecer el trabajo, haré una referencia a un caso práctico real que tuve la oportunidad de estudiar y que espero sirva para poder comprender de manera más eficiente la figura delictiva del hostigamiento o *stalking*.

2. Introducción al delito de hostigamiento o *stalking*.

2.1 Introducción y derecho comparado.

La inclusión de dicho delito responde a la propuesta de criminalización del acoso que realiza el artículo 34 del Convenio del Consejo de Europa para la Prevención y la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, adoptado en Estambul el 11 de mayo de 2011, firmado y ratificado por España y en vigor desde agosto del 2014¹. De este modo, tal y como afirma Villacampa², “aunque el delito se configura sin distinción de género y la Exposición de motivos (de la Ley Orgánica 1/2015) no lo menciona, su inclusión se debe principalmente a poder ofrecer una respuesta adecuada a las conductas de acecho en el marco de la lucha contra la violencia de género. Conductas que pese a ser graves, quedarían sin penalizar al no poder ser calificadas como amenazas o coacciones”.

Con la introducción del artículo 172 ter del Código penal a través de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de Marzo (que modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre), nuestro ordenamiento se incorpora al creciente listado de países que cuentan con un delito con esa morfología. La primera ley *antistalking* se aprobó en California en 1990³, en la cual se exigía una conducta dirigida repetitivamente contra un individuo concreto, que este experimentara como intrusiva o no deseada y que le causara miedo o preocupación.

Recuerda Alonso de Escamilla⁴ que la incriminación del *stalking* proviene de los Estados Unidos de América y tiene lugar en los años noventa del pasado siglo. Con anterioridad a esta fecha, diversos sucesos atrajeron la atención de los medios de comunicación por afectar a personajes muy conocidos. Así, el asesinato de cuatro mujeres a manos de sus exmaridos en Orange County o las persecuciones y acosos a

¹ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de Mayo de 2011; Art. 34: “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de adoptar, en varias ocasiones, un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a ésta a temer por su seguridad”.

² VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “*Stalking* y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso”, pág. 60, Iustel, 2009.

³ California Penal Code, Sección 646.9, en vigor desde el 1 de enero de 1991.

⁴ ALONSO DE ESCAMILLA, A.: “El delito de *stalking* como nueva forma de acoso. *cyberstalking* y nuevas realidades”, Catedrática de Derecho Penal. Universidad CEU San Pablo. *La Ley Penal*, N^o 105, Sección Estudios, Editorial LA LEY.

otras actrices, como *Jodie Foster*, *Theresa Saldana* o la cantante *Madonna*, causaron una gran conmoción en la sociedad americana. Hasta entonces solo algunos Estados tenían leyes que regulaban el *harassment* o *assault*, y resultaban poco idóneas para proteger a estas víctimas de acoso.

Fue, precisamente el asesinato de la actriz Rebecca Schaeffer el 18 de julio de 1989, por parte de un admirador, Robert Bardo, el suceso que precipitó la aprobación de esta ley, lo que antes había ocurrido con el músico británico John Lennon en el año 1980, que también murió a manos de un obsesivo admirador. La iniciativa se fue extendiendo por los demás estados confederados hasta el año 1996, año en que ya existía legislación específica no solo en todos ellos, sino también un delito federal. El concepto de *stalking* en Europa se introdujo en Gran Bretaña (Escocia, Irlanda y Gales) a finales de los años 90 con la aprobación de la "Protection from Harassment Act"⁵ en 1997 ("The Stalking Law"), posteriormente se trasladaría a países como Dinamarca, Bélgica, Holanda, Malta, Austria, Italia y Alemania.

La preocupación por el *stalking* en la tipificación americana propició que en 1993 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos elaborara un código modelo para combatir estas conductas de hostigamiento (*The model stalking Code*⁶) y para guiar a los diferentes Estados a la hora de confeccionar las leyes *antistalking*.

Se trata de conductas que pueden conformar un simple acoso, un hostigamiento, pero que pueden desembocar en resultados más graves como lesiones o incluso la muerte. Los *stalkers* son personas con un objetivo marcado, que no se cansan a la hora de querer alcanzarlo, y a los cuales el "no" de la víctima no les hace retroceder en sus propósitos, quizás con la idea de que la víctima finalmente cederá en su oposición. Es esta circunstancia de insistencia y reiteración la que provoca que en gran parte de los

⁵ Ley de Protección contra el acoso de 1997, del Parlamento del Reino Unido. Al presentar la segunda lectura del proyecto de ley en la Cámara de los Lores, el entonces Lord Canciller, lord Mackay de Clashfern dijo: "El objetivo de este proyecto de ley es proteger a las víctimas del hostigamiento. Protegerá a todas las víctimas, cualquiera que sea la fuente del hostigamiento, llamado comportamiento de acoso, hostigamiento racial o comportamiento antisocial por parte de vecinos".

⁶ The National Center Victims Of Crime Model Stalking Code es un manual de ayuda a las víctimas de stalking que ayudó a aumentar la conciencia pública del acecho en los Estados Unidos, promovido por una organización sin ánimo de lucro no gubernamental. Este manual, además de proporcionar servicios directos a sus víctimas, es una referencia o guía para los legisladores de los diferentes estados para hacer frente a las realidades actuales de acoso.

casos sea necesaria la actuación policial.

La inclusión de este nuevo delito en nuestro ordenamiento jurídico vendría a reforzar la intervención penal en materia de acoso, iniciada en 1995 con la tipificación del acoso sexual, e intensificada notablemente con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio que introdujo el acoso laboral (art. 173.1.II CP), el acoso inmobiliario (art. 173.1.III CP) y el acoso a menores a través de Internet y otros medios de comunicación (art. 183 bis CP).

Desde el punto de vista estrictamente penal, España se había mostrado reticente a tipificar expresamente esta tipología delictiva, debido fundamentalmente a que la mayoría de estas conductas eran reconducibles a través de otras figuras delictivas como son las coacciones o las amenazas (de lo cual hablaremos más adelante). No ocurrió así en otros Estados de ámbito anglosajón como EE.UU, Canadá , Gran Bretaña e Irlanda, Escocia, Australia y en países europeos continentales como Dinamarca, Bélgica, Holanda, Malta, Austria, Alemania o Italia, donde tenía acomodo en el sistema penal con nombre propio.

Considero imprescindible también mencionar la idea de la necesidad de la implicación de otras ramas del ordenamiento jurídico en la lucha contra el delito de *stalking*, lo cual permitiría una defensa integral del acosado. En este sentido, hay que aludir a las "civil protection orders or temporary restraining orders" que se emplean habitualmente en buena parte del territorio de los EEUU. Estas medidas las acuerda el juez civil ante situaciones y conductas susceptibles de ser calificadas como acoso a través de un procedimiento autónomo, sin necesidad de previo pronunciamiento civil o penal.

2.2 Concepto.

Stalking es un término anglosajón proveniente del verbo "to stalk", que se traduce como acechar o perseguir, y se refiere al trastorno que sufren ciertas personas y que les lleva a acosar a la víctima, seguirla ininterrumpida e intrusivamente, pretendiendo iniciar o continuar un contacto en contra de su voluntad.

En ausencia de una definición legal, puede afirmarse que el hostigamiento es una acción en la que sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se realizan conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento.

El *stalking*, conocido en psicología como síndrome del acoso apremiante, se refiere al conjunto de conductas que realiza una persona –denominada habitualmente *stalker*- que persigue, acecha y acosa de forma compulsiva a su víctima, sin que las negativas de esta cambien su obsesión.

Como dicen *De la Cuesta Arzamendi y Mayordomo Rodrigo*⁷ «el acoso no es un fenómeno nuevo; el acoso ha existido siempre (...). Los comportamientos de persecución obsesiva más habituales consisten en: llamadas de teléfono, vigilancia en el hogar o en el trabajo, seguimiento por la calle, encuentros repetidos no casuales, envío de cartas y/o de regalos no solicitados, envío de paquetes conteniendo cosas extrañas, amenazas de suicidio u otras formas de "chantaje emocional", molestias a amigos/ familiares, incluso empujones... También pueden consistir en conductas delictivas tales como presentación de denuncias infundadas ante la policía o juzgado, daños materiales o incendios de cosas de la víctima, delitos contra el patrimonio, interceptación o control del correo postal, entrada sin permiso en el domicilio, amenazas contra familiares o amigos (o de llevarse a los niños), insultos, agresión/abuso sexual, detención ilegal, golpes, maltrato (incluido el maltrato de animales domésticos). La llegada de Internet ha dado cauce al llamado ciber-acoso, a través del envío de mensajes electrónicos maliciosos o amenazantes».

*Villacampa Estiarte*⁸ indaga sobre los puntos comunes a todas las definiciones en

⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y MAYORDOMO RODRIGO, V.: "Acoso y Derecho penal", en *Eguzkilore* (Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología) n.º. 25, 2011, pág 25.

⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "Stalking y Derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso", págs. 41 y 42;

busca de una síntesis que pueda servir para concretar las conductas que encajan con el término: «como elementos esenciales integrantes del fenómeno pueden considerarse generalmente admitidos tanto el que debe tratarse de un patrón de conducta insidioso y disruptivo cuanto que no debe contar con la anuencia de la víctima. (...) debe tratarse de una serie de actos concatenados. (...) pudiendo, además, tener muy distinta naturaleza. Finalmente, el tercero de los signos identificadores de este concepto (...) se requiere que esta comunicación o aproximación asfixiante y no querida sea susceptible de generar algún tipo de repercusión».

Conductas que muchas veces van a quedar amparadas por el anonimato o la suplantación de personalidad que permite la Red, complicando enormemente la identificación del autor. El hostigamiento tendrá lugar incluso sin que la víctima haya visto nunca a su acosador ni pueda imaginar siquiera quién es.

Esta novedosa figura delictiva se contempla en el artículo 172 ter del Código Penal, el cual recoge una serie de conductas bastante heterogéneas, lo cual nos lleva a pensar que perfectamente se podrían haber incluido otras muchas, y en esta cuestión es donde radica la dificultad para el legislador a la hora de confeccionar y definir este delito.

Como dice la STS 324/2017 de 8 de Mayo de 2017⁹, “en los intentos de conceptualizar el fenómeno de stalking desde perspectivas extrajurídicas -sociológica, psicológica o psiquiátrica- se manejan habitualmente, con unos u otros matices, una serie de notas: persecución repetitiva e intrusiva; obsesión, al menos aparente; aptitud para generar temor o desasosiego o condicionar la vida de la víctima; oposición de esta”.

2.3 Tipologías de *stalkers*.

Iustel, 2009. la misma autora: «La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro», en ReCrim, 2010, pág 40; y también: «El proyectado delito de acecho: incriminación del stalking en derecho penal español», págs 18 y 19; Cuadernos de política criminal, nº 109, 2013; en similares términos; ALONSO DE ESCAMILLA, A.: «El delito de Stalking como nueva forma de acoso», pág.6, en la Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, nº 105, 2013.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo número 324/2017, de 8 de Mayo de 2017. Se exige que la vigilancia, persecución, aproximación, establecimiento de contactos incluso mediatos, uso de sus datos o atentados directos o indirectos, sean insistentes y reiterados, lo que ha de provocar una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. El dato de una vocación de cierta perdurabilidad es exigencia del delito. Se desestima el recurso de casación.

En este apartado procederemos a realizar un breve estudio sobre el perfil del potencial acosador o *stalker*. En principio cualquier persona puede llegar a serlo. La psicología ha agrupado a los *stalkers* en psicóticos y no psicóticos, y sostiene que tras sus conductas siempre existe un sentimiento de enfado, hostilidad, obsesión, sentimientos de culpa o celos y malicia.

Parece evidente que poder reconocer a un acosador potencial resulta complejo. El acecho, por otra parte, puede afectar a cualquiera, sin importar género, orientación sexual, raza, nivel socioeconómico o cuestiones de otra índole. Debido a lo anteriormente dicho, el perfil criminológico y victimológico tiende a ser muy variopinto y heterogéneo.

La mayor parte de los *stalkers* son hombres, es frecuente encontrar casos de fracasos sentimentales o relaciones fallidas como característica común entre los acosadores, al igual que personas con dificultades a la hora de entablar relaciones sanas y estables, con cierta intolerancia al rechazo.

También es bastante usual que el acosador pretenda iniciar una relación sentimental con la víctima o que actúe como venganza tras un fracaso amoroso, por lo que parece evidente que frecuentemente víctima y acosador se conocían con anterioridad al hecho delictivo.

En cuanto al perfil clínico de los *stalkers*, y sin ánimo de mayor exhaustividad, habitualmente cuentan con ciertas patologías obsesivo compulsivas y ciertos trastornos de la personalidad, como por ejemplo trastornos delirantes, trastornos relacionados con el consumo de sustancias estupefacientes o psicóticos, pero no es una regla que se cumpla siempre.

Meloy¹⁰ resumía el perfil del «acosador modelo» como un hombre en paro o con un trabajo precario, en su cuarta década de vida, soltero o divorciado y con una historia

¹⁰ MELOY, J.R.: "Stalking: An old behavior, a new crime", pág 86, en "Psychiatric Clinics of North America", Abril 1999: "the modal is an unemployed or underemployed man in his fourth decade of life. He is single or divorced and has a prior criminal psychiatric, and drug abuse history. He has a high school or college education, however, and is significantly more intelligent than are other criminals. He does not disproportionately appear in any racial or ethnic group. Suggestive data show that he suffered the loss of a primary caretaker in childhood and a significant loss, usually a job or relationship, within a year of the onset of stalking. This crime seems to be, in part, a pathology of attachment".

previa de abuso de drogas y trastornos psiquiátricos.

El perfil criminológico del acosador no suele responder a unas características clínicas comunes como acabamos de ver, por lo que resulta difícil poder hacer un cuadro psicológico acerca de su personalidad, de ahí la gran variedad de perfiles de *stalkers*, con una serie de tipologías y clasificaciones muy extensas. A veces, cree que la víctima desea estar con él, otras es presa de una obsesión amorosa y quiere estar con su víctima por encima de todo. En muchos casos el acosador persigue a otra persona con la que ha tenido una relación previa, negándose a reconocer que la misma ha terminado. Y estas no son sino algunas de las muchas motivaciones que dicen tener los acosadores para justificar sus conductas. Precisamente esas «justificaciones» pueden hacer que sus víctimas minimicen sus comportamientos, pensando que serán pasajeros o que se sientan culpables o impotentes, o temerosas o ansiosas, y que de esta forma no denuncien los hechos ante las autoridades competentes.

3. Estudio del artículo 172 ter del Código Penal.

3.1 Análisis y alcance del delito de *stalking*.

En primer lugar considero fundamental aludir al Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de Marzo, que en relación al delito de hostigamiento o *stalking*, establece lo siguiente: «Se introduce un nuevo tipo penal de acoso que está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento».

Dice el artículo 172 ter del Código Penal: “1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1.^a La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2.^a Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3.^a Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4.^a Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella”.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del art. 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal».

Primeramente, y aunque hicimos un estudio más extenso en el epígrafe anterior dedicado a las tipologías de *stalkers*, hay que recalcar que se trata de un delito común que puede realizar cualquier persona, no se exigen características específicas del sujeto pasivo y activo, pueden cometer este delito tanto hombres como mujeres, siendo

irrelevante la relación entre ellos, aunque existe un subtipo referente al ámbito familiar.

Entrando específicamente en el estudio del tipo objetivo del delito que nos ocupa, comenzaremos diciendo que el legislador utiliza una fórmula muy abierta y, aunque aparentemente parece que describe con claridad el acoso, incluye conductas y modalidades comisivas muy heterogéneas. Esta técnica de ausencia de concreción y definiciones genéricas, con la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, siempre ha sido rechazada por la doctrina, pues generan inseguridad jurídica, por lo tanto podemos decir en este sentido que si bien consideramos positivo la inclusión de este delito en nuestro actual Código Penal, también parece recomendable acotar de alguna manera las conductas que conforman este ilícito penal.

Nuestro Derecho opta aquí por seguir el modelo europeo de incriminación, evitando referirse al número de ocasiones en que se han llevado a cabo estas conductas (como hace el anglosajón) y prefiriendo una fórmula que abarque las modalidades de conducta, es decir, la alusión a una serie de comportamientos variados, a sabiendas de que un listado cerrado de los mismos resulta difícil.

En el Anteproyecto de 3 de Abril de 2013 de reforma del Código Penal, a la hora de abordar esta figura penal, se incluía un quinto apartado, que concretamente decía "cualquier otra conducta análoga a las anteriores"; lo cual bajo mi entender resultaba apropiado ya que uno se puede imaginar muchas más conductas susceptibles de ser consideradas como acechantes que las que se incluyen en el artículo 172 ter hoy vigente, y de esa forma se podría evitar el establecer un listado de modalidades comisivas excesivamente amplio, como así sucede en el artículo mencionado.

Parándonos a analizar estas conductas propuestas, en la primera de las enumeradas se habla de buscar su cercanía física, concepto que parece bastante difuso, lo que sí parece evidente es que esta búsqueda tiene que ser lo suficientemente importante e insistente como para alterar gravemente el desarrollo de la vida de la víctima, no bastando en principio actos aislados y carentes de la suficiente importancia como para ser reprochados penalmente.

En la segunda conducta llama la atención que se equipare la tentativa a la

consumación, lo cual puede provocar que se vulnere el principio de proporcionalidad. Esta quizás sea la conducta más en boga y que más nos interesa en este trabajo, ya que aquí se incluirían los mensajes de texto, comunicaciones a través de redes sociales, llamadas telefónicas, etcétera, y que debido al desarrollo tecnológico está en claro aumento. En la actualidad gran parte del *stalking* se ha desplazado a las redes sociales, (delito ciberintrusivo), donde el acechador vigila, comenta o llega incluso a *hackear* la cuenta de la víctima con el fin de conocer cualquier cambio en su vida diaria. Es esta la modalidad típica más equiparable y que más estrechamente conectada se encuentra con otras figuras delictivas como el *cyberbullying*, el *grooming* y el *sexting*, figuras delictivas que analizaremos más adelante.

En el punto 3 del artículo 172 ter del Código Penal entrarían conductas como la publicación de anuncios sexuales supuestamente ofrecidos por la víctima, facilitando el acosador sus datos personales para que contacten con ella. Esta conducta podría perfectamente reconducirse a través de un delito de estafa del artículo 248.2 del Código penal, consecuentemente podría haber un concurso de normas que se resolvería en mi opinión a través de la regla del artículo 8.4 del Código Penal, que dice que "en defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor", por lo que sería de aplicación preferencial el delito de estafa, que tiene prevista una pena de mayor gravedad que el delito de *stalking*.

En la conducta cuarta de las señaladas por el artículo estudiado, la doctrina discute si se deben tratar de actos penalmente relevantes o simplemente de comportamientos cotidianos e inocuos. Considero que podrían tener cabida ambos supuestos, ya que a pesar de que el punto 3 del artículo 173.2 establece que "las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso", nada obsta a que nos encontremos ante una serie de conductas que de manera aislada no tengan la categoría de delito, pero que al formar parte de ese plan estratégico de hostigamiento, conforman y consuman el tipo penal de *stalking*. Incluso se puede dar la circunstancia de que dentro de todos esos actos que conforman el delito de *stalking*, unos pudiesen ser considerados penalmente relevantes de forma aislada, y otros no.

Así, expone la SAP A Coruña nº 634/2015, de 3 de diciembre¹¹, “amenazar con autolesionarse, preguntar por la víctima, mandarle flores, comunicarse por medios telemáticos y similares son conductas efectivamente molestas, pero ni individualmente ni en su conjunto se pueden calificar como delito. Sostiene la resolución citada que la tesis del Ministerio Fiscal de que esta situación, por su destinataria, contenido y reiteración, tendría acomodo típico en la previsión del art. 172 CP (coacciones) queda rebatida por la propia actividad legislativa. De estar clara y debidamente cubierta la respuesta penal por esta figura, sería innecesaria la tipificación específica del acoso o *stalking* introducida por la LO 1/2015 en el art. 172 ter, en la que precisamente se sanciona esa suma de conductas aparentemente menores o simplemente molestas pero que en realidad conforman un todo que perturba la seguridad de quien las padece”.

Siguiendo con el análisis del artículo, hay que señalar que se introduce un elemento negativo del tipo, "sin estar legítimamente autorizado", expresión que también se utiliza en el tipo básico de coacciones del art. 172 del Código penal. Ningún acosador parece que pueda estar facultado para realizar esos actos de hostigamiento; entendemos que puede referirse a actos de vigilancia por un agente de la ley encuadrables dentro de una labor de investigación policial, que lógicamente si reviste las formalidades legales no conformaría el delito de *stalking* ni ningún otro. Aquí la dificultad radicaría en poder probar que ese agente efectivamente ha traspasado los límites que separan una actividad legítima amparada por su condición de agente de la autoridad, de la consumación de un delito de acoso.

En este sentido, el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica de 3 de Abril de 2013 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, informado positivamente por la Fiscalía General del Estado, realizó una serie de precisiones, como la propuesta de supresión del texto del requisito «sin estar legítimamente autorizado», pues el acoso nunca podría estar respaldado por el ordenamiento jurídico.

Siguiendo esta línea, el Consejo de Estado también se pronunció sobre el texto

¹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña nº 634/2015, de 3 de diciembre, Sección 1ª de la AP de A Coruña que analiza una sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal que condena por un delito de amenazas graves y absuelve del delito de coacciones del que acusaba el Ministerio Fiscal.

del Anteproyecto, sugiriendo la necesidad de dar una nueva redacción a la expresión «sin estar legítimamente autorizado», expresión que, en su opinión, parece dar a entender que existiría algún acoso legítimo, cuando lo único que podría resultar legitimado, en su caso, sería alguna conducta concreta (por ejemplo, la llevada a cabo por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en el caso de llevar a cabo actos de vigilancia o persecución para investigar la comisión de hechos delictivos).

No parece en mi opinión que la expresión "sin estar legítimamente autorizado" tenga por tanto demasiado sentido, llegando a crear cierta confusión en cuanto a su interpretación, siendo quizás más procedente haber utilizado otra fórmula como "de modo ilegítimo". En este sentido se pronunciaba el Consejo de Estado en su informe al texto del Anteproyecto al que aludimos anteriormente.

Resulta imprescindible recalcar que debemos estar ante un acoso que se produzca de forma insistente y reiterada, y esta reiteración podrá ser apreciada aunque no se produzca una sola de las conductas previstas en el tipo, *sensu contrario*, perfectamente cabrían varias de ellas. En la SAP Lleida nº 128/2016, de 7 de abril¹², se alude a un significado más acotado de las situaciones de acechanza y hostigamiento definiéndolas «como aquellas conductas intrusivas y no deseadas que incluso podían llegar a comprometer la sensación de tranquilidad y seguridad personal. El acoso propio del *stalker* es más psicológico que moral, el cual es más encuadrable dentro del los delitos contra la integridad moral».

Según *Gutiérrez Castañeda*¹³, lo esencial en el delito de *stalking* es “una estrategia sistemática de persecución, no las características de las acciones en que esta se concreta”. En este punto, el CGPJ¹⁴ ha propuesto "la valoración conjunta del patrón conductual en un determinado lapso de tiempo". Por lo tanto, se entiende que no se

¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida número 128/2016, de 7 de Abril, que confirma sentencia del Juzgado de Instrucción número 4 de Lleida, la cual absolvía por un delito leve de coacciones.

¹³ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A.: “Acoso-Stalking: art 173 ter”, pág. 586, Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012; 2013, págs. 581-588.

¹⁴ Informe del CGPJ al Anteproyecto de Código penal, 2013, pág. 169.

incluyen conductas aisladas y que no sean excesivamente reiteradas o que sean simplemente molestas. Según *Magro Servet*¹⁵, “un acoso puntual aunque haya sido de dos días o dos o tres veces no sería delito, sino que se requiere llegar al convencimiento de que hay una persistencia en el acoso y que ante la negativa o la oposición de la víctima el acosador persiste en su actitud”.

Por otra parte, advierte el Consejo Fiscal¹⁶ que la insistencia y reiteración «no siempre existirá en los supuestos previstos en el art.172 ter 1.3º del Código penal ya que podrían encuadrarse en este apartado aquellos supuestos en los que se colocan anuncios en un medio de comunicación o en Internet que someten a la víctima a continuas llamadas y sin embargo, el autor del anuncio ha realizado una única conducta que perdura en el tiempo».

No parece que haya un consenso aún a la hora de establecer una duración mínima e imprescindible a la hora de calificar una acción como constitutiva de *stalking*. Lo único que parece patente es que se tiene que tratar de una situación objetivamente grave, reiterada, y que produzca un cambio en los patrones diarios de vida de la víctima. En este sentido, en opinión de *Villacampa Estiarte*¹⁷, “se entiende preferible que no se determine normativamente el número de ocasiones en que el comportamiento intrusivo debe producirse para considerar que nos hallamos frente a un patrón conductual. Si bien no puede exigirse una periodicidad o lapso de tiempo concreto, para evitar la impunidad de algunas conductas especialmente graves, la mayor parte de los estudios realizados

¹⁵ MAGRO SERVET, V.: “Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal”, Ponencia de formación continuada en la Fiscalía General del Estado, 16 de marzo de 2015, pág. 15.: “el tipo no exige una planificación, pero sí una metódica secuencia de acciones que obligan a la víctima, como única vía escapatoria, a variar sus hábitos, siendo por tanto un delito de resultado, por lo que caben formas imperfectas de ejecución. La acción consiste en acosar a una persona y su metodología para que sea delito debe ser de forma insistente y reiterada, con lo que un acoso puntual aunque haya sido de dos días o dos o tres veces no sería delito, podría ser molestia pero no delito, ya que se requiere un mismo patrón o modelo sistemático, como así lo señala la STS Nº 324/2017, de 8 de Mayo”.

¹⁶ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, Madrid, 20 de diciembre de 2012, págs. 144 y 145.

¹⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Delito de acecho/stalking: art. 172 ter, pág. 603, Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de reforma Penal de 2012, 2013, págs. 595-612; la misma autora C.: “Stalking y Derecho penal. Relevancia jurídico penal de una nueva forma de acoso, págs. 85 y 88, Iustel, 2009. En la misma línea, MELOY, J.R. siguiendo a MOHANDIE, K. (“the RECON typology of stalking: reliability and validity based upon a large sample of North American stalkers, Journal of Forensic Sciences 51: 147-155), sin embargo, indica que “la duración media del acecho es casi dos años, pero la duración modal es de un mes”; MELOY, J.R.: «Stalking: the state of the Science», en *Criminal Behaviour and Mental Health*, N.º 17, 2007, pág. 2. Al respecto, también SHERIDAN, L.P., BLAAUW, E. & DAVIES, G.M.: “Stalking: Knowns and unknowns”, pág. 151; *trauma violence abuse*, Abril 2003.

en otros países sobre el *stalking* indican que se trata de una situación que mantiene una duración media de entre uno y tres meses, hasta el año y medio aproximadamente".

Para De la Cuesta Arzamendi y Mayordomo Rodrigo¹⁸, "el tipo objetivo del nuevo delito de *stalking* debería reunir dos elementos nucleares: la conducta acosadora u hostigadora y la producción de un resultado consistente en la afectación directa y grave de la tranquilidad de la víctima o en el grave perjuicio a su desarrollo vital. La conexión entre la conducta y tal resultado deberá establecerse mediante la pertinente relación de causalidad que, siendo el resultado tan abstracto y difícil de cuantificar, no está exento de dificultades. Por otro lado, en el tipo subjetivo sería siempre exigible la concurrencia de, al menos, dolo eventual. Para un sector de la doctrina¹⁹, al configurarse como un tipo de resultado caben las formas de imperfecta realización, a diferencia de lo que ocurre con los delitos de mera actividad en otros tipos de coacciones. La consumación dependería de si se ha conseguido o no la grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. No obstante, como se expondrá a continuación, en muchas ocasiones la tentativa será castigada con el mismo rigor que el delito consumado, por quedar definido de este modo en el propio tipo penal.

Entiendo que dada la redacción del tipo propuesta por el legislador, caben las formas imperfectas de ejecución, al igual que ocurre por ejemplo en el tipo básico de coacciones del artículo 172 cuando el sujeto activo no consigue sus propósitos a pesar de ser esa su finalidad conductual. Igual ocurriría a mi parecer con el delito de *stalking* que nos ocupa si el sujeto acechante, a pesar de realizar ese plan estratégico de conductas acechantes y hostigadoras, no consigue su propósito de alterar gravemente la vida cotidiana de la víctima".

¹⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y MAYORDOMO RODRIGO, V.: "Acoso y Derecho penal", pág. 45, en Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº 25, 2011, págs. 21-48: "ciertamente la configuración del delito como un delito de aptitud, combinada con la descripción (en lo posible pormenorizada) de las formas de actuación típica, es una de las alternativas a la hora de la tipificación. No obstante, al propia "insidiosidad" y el carácter circunstancial de los comportamientos posibles –variados, complejos e impredecibles, y que pueden llevarse a cabo de múltiples formas- hacen difícil el establecimiento de un listado cerrado de los mismos. Y la falta de un listado cerrado, unida a la mera exigencia de idoneidad lesiva (que no requiere por tanto la prueba de un efectivo resultado), ensancharían mucho el marco de intervención penal permitiendo amplios espacios de discrecionalidad o de inventiva judicial".

¹⁹ Manzanares Samaniego, J.L.: La reforma del Código penal de 2015 conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo. La Ley, Madrid, 2015, pág. 174; CUERDA ARNAU, M.L.: «Delitos contra la libertad (y II)», en González Cussac, J.L. (Coord.): *Derecho penal. Parte especial*. 4.ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 177.

En este sentido, para *Palma Herrera*²⁰ “la cuestión requiere una labor interpretativa, entendiéndose que quedará consumado el resultado si se producen cambios sustanciales en los hábitos y quehaceres cotidianos de la víctima, forzados por la sensación de inseguridad que produce el acoso. Algunos ejemplos aportados por *Carpio Briz*²¹ serían: dejar de ir a las clases del instituto o de la universidad, al gimnasio, cambiando de residencia o domicilio o, simplemente, dejando de salir de casa para relacionarse socialmente”. En opinión de *Lamarca Pérez*²², estamos ante un «término poco taxativo, y por tanto contrario al principio de legalidad, que deberá suponer que la persona acosada se vea forzada a tomar medidas que, de otro modo, no hubiera realizado como, por ejemplo, cambiar el número de teléfono o de correo o sus costumbres o tener que hacerse acompañar por terceras personas”.

Se exige pues que la vigilancia, establecimiento de contacto, uso indebido de datos o atentado a la libertad o patrimonio sea insistente y reiterado, y que provoque una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana.

Esta alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana es una cuestión ciertamente difícil de acotar a priori, por lo que es imprescindible remitirse a la, por otra parte, escasa jurisprudencia existente hasta la fecha. Como dice la STS 324/2017 de 8 de Mayo de 2017²³, “para valorar esa idoneidad de la acción secuenciada para alterar los hábitos cotidianos de la víctima hay que atender al estándar del "hombre medio", aunque matizado por las circunstancias concretas de la víctima (vulnerabilidad, fragilidad psíquica,...) que no pueden ser totalmente orilladas”.

La grave alteración en la vida de la persona deberá ser pertinentemente

²⁰ PALMA HERRERA, J.M.: “La reforma de los delitos contra la libertad operada por la LO 1/2015, de 30 de Marzo”, pág. 406, en Estudios sobre el Código Penal reformado, 2015, págs. 375-411.

²¹ CARPIO BRIZ, D.: “Coacciones”, pág. 143, en Manual de derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 1, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 130-145.

²² LAMARCA PÉREZ, C.: “Delitos: la parte especial del Derecho Penal”, pág. 140, Dykinson, 2006.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo número 324/2017, de 8 de Mayo de 2017. Se exige que la vigilancia, persecución, aproximación, establecimiento de contactos incluso mediatos, uso de sus datos o atentados directos o indirectos, sean insistentes y reiterados, lo que ha de provocar una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. El dato de una vocación de cierta perdurabilidad es exigencia del delito. Se desestima el recurso de casación.

demostrado mediante las pruebas que resulten precisas. No parece que sea necesario que en la víctima se generen graves problemas psicológicos que tengan que ser demostrados con el correspondiente informe médico pericial, bastando que se produzca un temor fundado por su seguridad y libertad, o una grave modificación en sus hábitos o patrones de conducta. Si no fuese así, en el hipotético caso de las personas más fuertes mentalmente, este tipo de conductas no constituirían delito al no tener un impacto significativo en su psique.

Lo que sí parece evidente es que, dada la redacción del artículo, el legislador pretende evitar que se eleve a delito conductas bastante cotidianas como un simple seguimiento a otra persona a través de redes sociales, y lo que se pretende es sancionar conductas en las que se menoscabe el patrón diario de la víctima mediante hostigamientos, envío de mensajes u otra serie de comportamientos que consigan infundar temor y desasosiego en la víctima.

En este sentido, resulta primordial probar los dos requisitos reseñados anteriormente para poder apreciar este delito, ya que en su articulado se recogen conductas que en ciertas situaciones carecerían de relevancia penal y que entrarían en conflicto con el principio “última ratio” o de intervención mínima, debido a que a las sanciones penales se han de limitar al círculo de lo indispensable, en beneficio de otras sanciones e incluso de la tolerancia de los ilícitos más leves.

Analizando al jurisprudencia existente, parece resultar imprescindible que la víctima de alguna manera rechace el comportamiento acechante del acosador, circunstancia que servirá para demostrar tanto la reiteración delictiva como la alteración del patrón de conducta diario del acosado. En este sentido, citar la SAP Madrid 738/2015, de 10 de diciembre²⁴ en la que, como parte de la revisión de la carga de la prueba, se atendió a que “el propio acusado, aún sin atribuir a su conducta la intensidad luego acreditada, reconoce que ante la postura de ella de no querer atenderle las

²⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 738/2015, de 10 de diciembre, que dice que “(...) con lo que se produce el quebranto del derecho a la libre determinación de la víctima quien, durante el período por el que se prolongaron las llamadas telefónicas, mensajes, y llamadas al propio domicilio de sus padres, en el que ella se había refugiado, vio impedido su normal propósito de llevar a cabo una vida normal. La invasión e injerencia en la libertad y grave quebranto de la libre determinación de comportarse conforme a la propia voluntad es evidente”.

llamadas, ni dejarle entrar en la casa o bajar ella misma a verle y estar con él, la llamó varias veces a los diferentes teléfonos, y también al telefonillo de casa, sin llegar a precisar el número sino, únicamente, que no estuvo llamando toda la tarde”. Por otra parte, a sensu contrario, ha servido a modo de descargo, absolviendo del delito de *stalking* cuando se trata de “mensajes a los que ella contestaba, entablándose así una conversación entre ambos (...) constan múltiples mensajes, si bien la mayoría fueron respondidos (...), entablando con el encausado una conversación, que habilitaba a éste a continuar enviando mensajes. Por lo que dichas comunicaciones dejarían de ser ilegítimas, al enmarcarse en el seno de una conversación consentida entre ambos”, como expone la SAP Santa Cruz de Tenerife 87/2016, de 4 de marzo²⁵.

Por otra parte, y centrándonos en el elemento subjetivo del delito, algunos autores²⁶ dentro del derecho comparado propugnan por la exigencia de un dolo específico, identificado como «generar en la víctima una sensación de miedo», aunque este elemento subjetivo específico es rechazado al entender que acotaría mucho la fenomenología delictiva del *stalking*, donde es probable que, al menos en sus inicios, muchas de las conductas del acosador no vayan dirigidas a causar una sensación de temor en la víctima.

En efecto, el tipo delictivo exige intencionalidad, descartándose las conductas amparadas en la imprudencia y el error de tipo²⁷.

²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife número 87/2016, de 4 de marzo, donde se rechaza la concurrencia del requisito de reiteración estableciendo que “(...) Ahora bien, al desconocer si estos mensajes se enviaron el mismo día o en días sucesivos, no podemos más que acreditar que son múltiples, pero no que exista una reiteración e insistencia tal que concurra el tipo penal”.

²⁶ MAUGERI, A.M.: “El *stalking* como delito como delito contra la intimidad”, pág. 72, en Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad: aspectos referidos a delitos contra la vida y la salud, violencia de género, tráfico de órganos humanos, *stalking*, contra la libertad y la indemnidad sexuales y dopaje, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 67-95. Por su parte, BALLESTEROS, T: “el nuevo delito de acoso”, 2016, pág. 166.; sostiene que el *stalker* debe actuar con dolo directo. Señala como necesaria la exigencia de un *animus exagitandi* (ánimo de acosar) o *animus insidiendi* (ánimo de acechar), que complementa dicho dolo, evitando de este modo el castigo de conductas molestas. Diferente opinión tiene CÁMARA ARROYO, LL PENAL, 121, 2016, pág. 9, que se conforma con la exigencia de dolo eventual.

²⁷ A diferencia de lo que ocurre en el modelo anglosajón (Gran Bretaña, Canadá, algunos Estados de USA), donde es posible la comisión del delito mediante imprudencia (*recklessness*), es decir, cuando el sujeto activo no tiene intención de molestar, pero es consciente del riesgo de molestia que comporta su conducta para la víctima; Maugeri, A.M.: “El *stalking* como delito contra la intimidad”, págs. 75 y 77, en Nuevos límites para la autonomía individual y la intimidad: aspectos referidos a delitos contra la vida y la salud, violencia de género, tráfico de órganos humanos, *stalking*, contra la libertad y la indemnidad sexuales y dopaje, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 67-95.

3.2 Bien jurídico protegido.

El delito de hostigamiento o *stalking* se ha introducido entre los delitos relativos a la libertad. Se protege de igual manera, según la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de Marzo, el bien jurídico de la seguridad.

Dada la gran cantidad de supuestos que se especifican en el artículo 172 ter del CP, resulta muy complicado establecer un bien jurídico protegido único, aunque globalmente podemos decir que se protege el derecho a la libertad en el sentido de sentimiento de seguridad personal.

La SJI de Tudela, de 23 de Marzo de 2016²⁸, nos dice que el bien jurídico protegido es la libertad de obrar, entendida como la capacidad de obrar libremente. En opinión de *Maugeri*²⁹, “el delito de *stalking* está dirigido a tutelar tanto la libertad de autodeterminación como la tranquilidad personal, salud física y mental de la víctima. *Matallín Evangelio*³⁰, por el contrario, señala que “esta forma de acoso personal lesionaría de forma directa la integridad moral de la víctima y sólo de forma mediata su libertad. Sin embargo, conforme a la jurisprudencia establecida por el TS, el bien jurídico protegido en el delito de coacciones es la libertad de obrar en el sentido de ejecutar lo previamente decidido”.

Los comportamientos realizados por el *stalker* no parece que vayan encaminados a obligar a la víctima a realizar lo que no quiere o impedirle realizar lo que desee, sino que más bien parecen afectar a un sentimiento o sensación de inseguridad de la víctima, y por tanto difiere de la vulneración de la libertad en el sentido previsto en el delito de

²⁸ En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 183/2016, de 2 de marzo y también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 738/2015, de 10 de diciembre.

²⁹ MAUGERI, A.M.: “El *stalking* como delito contra la intimidad”, págs. 67 y 68. En Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad: aspectos referidos a delitos contra la vida y la salud, violencia de género, tráfico de órganos humanos, *stalking*, contra la libertad y la indemnidad sexuales y dopaje, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 67-95.

³⁰ MATA LLÍN EVANGELIO, A.: “Delito de acoso (art. 172 ter)”, en González Cussac, J.L.: *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 580.

coacciones.

Según se indica en la resolución anteriormente referenciada (SJI de Tudela, de 23 de Marzo de 2016), las conductas de *stalking* afectan al proceso de formación de la voluntad de la víctima en tanto que la sensación de temor e intranquilidad o angustia que produce el repetido acechamiento por parte del acosador, le lleva a cambiar sus hábitos, sus horarios, sus lugares de paso, sus números de teléfono, cuentas de correo electrónico e incluso de lugar de residencia y trabajo. En efecto, conforme a los estudios realizados sobre esta cuestión³¹, es frecuente que las víctimas de acoso requieran de asistencia psicológica por motivos de estrés postraumático, ansiedad o evasión y que modifiquen su *modus vivendi* como consecuencia de la reiterada persecución a la que son sometidos.

Se protege de igual manera el bien jurídico de la seguridad, es decir, el derecho al sosiego y a la tranquilidad personal. No obstante, sólo adquirirán relevancia penal las conductas que limiten la libertad de obrar del sujeto pasivo, sin que el mero sentimiento de temor o molestia sea punible. Esta limitación es coherente con la diferenciación entre el tipo penal inserto en el art. 172 ter CP y otros delitos contra la tranquilidad, como es el caso de las amenazas, pero le resta bastante efectividad y amplitud al tipo penal. Por último, aunque el bien jurídico principalmente afectado por el *stalking* sea la libertad, también pueden verse afectados otros bienes jurídicos como el honor, la integridad moral o la intimidad, en función de los actos en que se concrete el acoso, como se indica en la regla penológica expuesta en el artículo 172 ter 3.

Podemos decir que estamos ante un delito pluriofensivo, lo que sin duda dificulta saber en qué momento se lesiona un determinado bien jurídico, y por lo tanto establecer si nos encontramos ante una conducta punible o ante un acto sin relevancia penal. En opinión de *Queralt Jiménez*³², “estamos ante un haz de infracciones altamente insatisfactorias por su falta de precisión, y su punición bajo otros *nomina iuris*. Desborda

³¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico penal de una nueva forma de acoso”, págs. 106 y 107, Iustel, 2009.

³² QUERALT JIMÉNEZ, J.: “Derecho penal. Parte Especial”, pág. 176, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

las previsiones de una interpretación razonable y respetuosa para con el principio de legalidad”.

3.3 Diferenciación con los delitos de coacciones y amenazas.

El delito de *stalking* requiere que se altere gravemente el desarrollo de la vida de la víctima, que se modifiquen sus hábitos diarios a través de una conducta encuadrable en el tipo del 172 ter, pero no impedirle realizar lo que es justo o injusto de manera violenta, y ahí considero que es donde radica la principal diferencia y la razón de existir del nuevo delito de *stalking*.

En primer lugar hablaremos sobre las coacciones y su diferenciación con el delito de *stalking*. El tipo básico de coacciones se tipifica en el artículo 172 del Código Penal, que en su apartado 1 dice:

"El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.

También se impondrán las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda."

En las coacciones la cuestión fundamental radica en la prohibición de hacer algo que deseaba hacer la víctima o la obligación de realizar algo que no quería, por su parte, la conducta típica de *stalking* tiene como fin alterar gravemente la vida cotidiana de un individuo, lo que se va a traducir en la obligación de modificar sus hábitos o patrones de conducta diarios por ese sentimiento de inseguridad que le provoca el acosador.

Estas conductas o comportamientos acechantes de los que venimos hablando y que ahora pueden encuadrarse en el delito de *stalking* se resolvieron, por parte de la jurisprudencia menor a través del delito básico de coacciones del artículo 172 del Código Penal al que hemos hecho referencia anteriormente; otras Audiencias sin embargo descartaban esta posibilidad ante la ausencia del elemento de violencia exigible para el susodicho ilícito penal.

En relación a esta cuestión resulta fundamental la lectura de la STS 324/2017 de 8 de Mayo de 2017, a la que ya hicimos mención en anteriores líneas de este trabajo, que dice que “globalmente considerada no se aprecia en esa secuencia de conductas, enmarcada en una semana, la idoneidad para *obligar a* la víctima a modificar su forma de vida acorralada por un acoso sistemático sin visos de cesar. El reproche penal se agota en la aplicación del tipo de coacciones: la proximidad temporal entre los dos grupos de episodios; la calma durante el periodo intermedio; así como la diversidad tipológica y de circunstancias de las conductas acosadoras impiden estimar producido el resultado, un tanto vaporoso pero exigible, que reclama el tipo penal: alteración grave de la vida cotidiana (que podría cristalizar, por ejemplo, en la necesidad de cambiar de teléfono, o modificar rutas, rutinas o lugares de ocio...). No hay datos en el supuesto presente para entender presente la voluntad de imponer un patrón de conducta sistemático de acoso con vocación de cierta perpetuación temporal. El tipo no exige planificación pero sí una metódica secuencia de acciones que obligan a la víctima, como única vía de escapatoria, a variar, sus hábitos cotidianos. Para valorar esa idoneidad de la acción secuenciada para alterar los hábitos cotidianos de la víctima hay que atender al estándar del "hombre medio", aunque matizado por las circunstancias concretas de la víctima (vulnerabilidad, fragilidad psíquica, ...) que no pueden ser totalmente orilladas”.

La STS 554/2017 de 12 de Julio de 2017³³ dice lo siguiente: “de esta situación, se deriva o fluye normalmente la consecuencia de una grave alteración de la vida cotidiana que excede de la mera molestia, y ello porque no debe olvidarse que como

³³ Sentencia del Tribunal Supremo número 554/2017, de 12 de Julio de 2017, que confirma la condena del acusado por un delito de acoso (*stalking*) del artículo 172 ter del Código Penal.

pórtico de toda esta actividad del recurrente tan inquietante como frenética, lo es respecto de la persona con quien había mantenido el recurrente --en pasado-- una relación sentimental durante varios años desde 1999 rota a principios del año 2016”.

No se está ante una mera molestia o incomodidad que, por emplear los términos de la STS 324/2017 ya citada, quedaría fuera de los *"línderos de la tipicidad"*, por el contrario, "se está ante el delito de acoso del artículo 172 ter del Código Penal que se cuestiona por el recurrente, por la capacidad de generar temor condicionando la vida de la víctima como lo acredita la orden de alejamiento citada, con aplicación del tipo agravado del párrafo 2º de dicho artículo”.

Por lo que se refiere al delito de amenazas, el mismo se tipifica en el artículo 169 del Código Penal, que literalmente dice:

"El que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado:

1.º Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieron por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos.

2.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional."

Este delito supone un atentado contra la libertad de formación de la voluntad, por lo que resultaría adecuado para subsumir algunos de los supuestos de *stalking*. No se puede olvidar que, en muchos casos, el acoso obliga a la víctima a cambiar sus pautas de comportamiento y condiciona, por ende, su voluntad. Pero hay otros muchos casos

que no podrían reconducirse a este delito, que exige una manifestación verbal, el anuncio de un mal serio y real que depende de la voluntad del sujeto pasivo o víctima. En muchos casos el acoso no se producirá de esa manera, pues lo que busca el *stalker* es entablar una relación con la víctima o continuar la que ya cesó. Su conducta podrá resultar de claro hostigamiento, persecutoria o intimidatoria, pero no amenazante.

En opinión de *Gutiérrez Castañeda*³⁴, el nuevo delito de *stalking* es una "suerte de híbrido entre las amenazas y las coacciones". La jurisprudencia, por su parte, indica que el delito de acecho u hostigamiento "se configura como un tipo mixto alternativo". Conforme a lo indicado en la SAP Madrid 738/2015 de 10 de diciembre, ya referenciada, se reconoce que «se castigan en este nuevo tipo penal, de forma particular, concreta y específica, conductas que, con anterioridad, ya habían tenido encaje legal en el delito genérico de coacciones, que tipifica el precedente art. 172 (...) Resulta clara, pues, la coincidencia de ambas figuras delictivas en que el autor busca restringir la libertad ajena, desplegando cualquiera de las conductas determinadas en el tipo penal enunciado, con lo que se produce el quebranto del derecho a la libre determinación de la víctima quien, durante el período por el que se prolongaron las llamadas telefónicas, mensajes, y llamadas al propio domicilio de sus padres, en el que ella se había refugiado, vio impedido su normal propósito de llevar a cabo una vida normal. La invasión e injerencia en la libertad y grave quebranto de la libre determinación de comportarse conforme a la propia voluntad es evidente».

Frontera difusa que habrá que solventarse con el estudio de cada caso particular para poder llevar a la conclusión que efectivamente esa conducta acechante e intrusiva tiene la suficiente gravedad e insistencia como para conformar el tipo del delito de hostigamiento o *stalking*. Lo que es evidente es que esta novedosa figura delictiva (por lo menos en nuestro ordenamiento), se encuentra ubicado en el Capítulo III referente a las Coacciones, encuadrado en el Título VI, delitos contra la libertad; por lo tanto entiendo que el delito de *stalking* se configura por el legislador como una variante de las coacciones, con sus evidentes particularidades que le dotan de autonomía propia, y que

³⁴ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A.: "Acoso-Stalking: art. 173 ter, pág. 586, en Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012, 2013, págs. 581-588.

haya su razón de existir en el hecho de no poderse sancionar ciertas conductas a través del tipo básico de coacciones, conductas que de manera aislada podrían haberse considerado como inocuas y simplemente reprobables socialmente, pero que configuradas dentro de un plan estratégico de acecho reiterado podrían ser reconducibles con la aplicación del artículo 172 ter del Código Penal.

3.4 Cyberstalking.

El *cyberstalking* o “stalking virtual”, modalidad comisiva del delito de hostigamiento o *stalking* que se desarrolla enteramente a través de medios tecnológicos y de la Red.

Presenta unas notas características propias que le hace diferenciarse del delito de *stalking*. De acuerdo con *García González*³⁵ estas características son:

- Invisibilidad: El anonimato que proporciona Internet hace que el agresor actúe con sensación de impunidad. Actuar desde el anonimato en una realidad sobre la que se tiene capacidad de influir y modificar, otorga una grata sensación de poder y libertad. El hecho de sabernos anónimos nos desinhibe: somos capaces de hacer o decir cosas que no tendrían lugar fuera de la red.

- Ausencia de contacto directo con la víctima: El acosador tiene menor percepción del daño causado y difícilmente podrá empatizar con la víctima. Al mismo tiempo, no obstante la ausencia de contacto directo con la víctima, Internet provoca una intimidad acelerada: en general, las relaciones se abren más, y con mayor intensidad e intimidad cuando se establecen online.

- Desamparo legal: Ausencia de mecanismos rápidos y efectivos de protección para la víctima. Aunque se cierre la web, inmediatamente se puede abrir otra.

- Invade ámbitos de privacidad aparentemente seguros como el hogar familiar,

³⁵ GARCÍA GONZÁLEZ, J: “Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet”, pág. 17, Tirant lo Blanch, Junio 2010.

desarrollando un sentimiento de desprotección total en la víctima.

- Es un acoso público: se abre a más personas rápidamente y es fácil para el cyberacosador invitar a otras personas a participar en el cyberacoso.

- Facilidad de difusión, reproducción y accesibilidad: Internet está siempre disponible, es constante y carece de horarios. Lo único que necesita el cyberstalker es un ordenador o smartphone con acceso a Internet.

El *cyberstalking* podríamos resumir diciendo que es el *stalking* u hostigamiento propio de la realidad social en que vivimos, la cual está estrechamente relacionada e influenciada con el uso masivo de Internet, de las redes sociales y de los servicios de mensajería instantánea.

Es de destacar también que el *cyberstalking* puede convertirse en *stalking*, debido a la posibilidad del acosador de acceder por ejemplo al lugar de trabajo de la víctima o a otros datos personales de la misma que le facilite aproximarse de manera física.

Las conductas que conforman el hostigamiento virtual pueden consistir en el envío de correo electrónicos que pueden incluir por ejemplo imágenes obscenas o amenazas; la creación de una página en Internet en la que se incluya información e imágenes privadas sobre la víctima o que se utilice para crear rumores falsos o infundados sobre ella; suplantar a la víctima en chats o en las redes sociales, solicitando ser contactada; el envío de virus que provocan un funcionamiento anormal del ordenador; el hackeo de su cuenta de correo electrónico, Smartphone o ordenador para espiar todos sus movimientos, redes sociales, etcétera.

Todos estos comportamientos serían reconducibles preferentemente a través del apartado 2º del artículo 172 ter 1: “Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.”; aunque ciertas conductas como por ejemplo el anuncio de datos personales de la víctima en una página de Internet para que se pongan en contacto con ella tendrían un acomodo más claro en el apartado 3º: “Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan

en contacto con ella”.

Aparte del bien jurídico libertad de obrar, de acuerdo con *García González*³⁶, “el ciberacosador lesiona habitualmente derechos de la víctima que tienen relación con la dignidad de la persona, su integridad moral y los llamados derechos personalísimos (honor, intimidad y propia imagen), incluyendo el secreto de las comunicaciones”.

Dejando de lado estas particularidades, al ser una modalidad más del delito tipificado en el artículo 172 ter del Código Penal, comparte con el delito de *stalking* el resto de requisitos para su reproche penal y su consiguiente sanción.

4. Caso práctico.

En este apartado voy a pasar a describir un asunto que tuve la oportunidad de estudiar en el despacho y que en mi opinión y sin conocer en ese momento de manera exhaustiva el delito, reunía bastantes elementos como para poder ser calificado como delito de *stalking*, con la intención de enriquecer el trabajo y con la convicción de que puede resultar bastante ilustrativo.

En primer lugar pasaré a relatar los hechos, evidentemente salvaguardando todo tipo de datos que pudiesen perjudicar a los implicados en este asunto.

Los hechos acaecieron desde el mes de Noviembre de 2015 hasta el mes de Abril de 2016, en el que el acusado remitió numerosos y reiterados mensajes a una mujer a través del servicio de mensajería instantánea de la red social "Facebook". La víctima conocía al acusado previamente por estar viviendo este en la residencia en la que trabajaba la denunciante.

³⁶ GARCÍA GONZÁLEZ, J: Ciberacoso: la tutela penal en la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet”, pág. 98, Tirant lo Blanch, Junio 2010.

El acusado efectuó igualmente numerosas llamadas de teléfono al número titularidad de la víctima, llegando incluso a enviarle una fotografía de un órgano genital masculino. En dichos mensajes, y de forma repetida, conminaba a la denunciante a mantener contacto, exigiéndole respuestas a sus mensajes y haciendo continuas recriminaciones respecto a los problemas que el denunciado tenía supuestamente con un familiar de la denunciante.

Los mensajes se interrumpieron en el mes de Marzo de 2016, momento en el cual la víctima formuló denuncia ante la Guardia Civil, debido a la situación de agobio y estrés que esas comunicaciones le habían causado.

En su declaración como investigado ante el Juzgado de Instrucción (no especificaré lugares ni fechas por los motivos que expuse al inicio de este apartado), este reconoce que acosó y coaccionó a la denunciante con el objetivo de que le acompañase a la Guardia Civil para que declarase sobre el conocimiento que podría tener acerca de un presunto problema relacionado con el robo de un vehículo.

Manifiesta también que la denunciante le dijo que no le siguiese enviando mensajes y que a pesar de ello continuó haciéndolo con el objetivo de que le acompañase a la Guardia Civil. Reconoce los mensajes enviados, aunque no la fotografía de un órgano genital masculino.

A través de Auto del Juzgado de Instrucción (...) se ordena continuar la tramitación de las diligencias previas por los cauces del Procedimiento Abreviado.

En el escrito de acusación que realizamos, hicimos hincapié en el alto grado de nerviosismo que la actitud del acusado causó en nuestra mandante, alterando de manera grave el desarrollo de su vida cotidiana. Calificamos los hechos como un delito de coacciones del artículo 172.1 del Código Penal, y subsidiariamente, en caso de no estimarse cumplidos los requisitos para la aplicación del mencionado, como un delito de acoso ilegítimo o *stalking* del artículo 172 ter 1 2ª, es decir la modalidad comisiva relacionada con el uso de los medios de comunicación y de Internet.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma contra la resolución del Juzgado

de Instrucción. Se argumenta que en el contenido de los mensajes no se desprende el uso de la violencia o la intimidación frente a la denunciante, si bien en uno de ellos le manda una foto de contenido sexual (un pene en erección) y se muestra especialmente insistente en los últimos contactos pidiéndole información en relación a una sustracción de un vehículo de la que manifiesta haber sido víctima y en la que considera implicados al hermano de la denunciante y su pareja. Por todo ello, el Ministerio Fiscal no aprecia que los hechos denunciados tengan entidad suficiente como para reputarlos delito de coacciones, dado que el tipo penal exige violencia, lo que no ha tenido lugar en el presente asunto.

Continúa argumentando el Ministerio Fiscal, y esta es la parte que más nos interesa, que tampoco considera que nos encontremos ante un delito de hostigamiento (*stalking*) porque los contactos con la denunciante se han producido en 16 ocasiones durante 6 meses, por lo cual no se desprende que la conducta tenga la gravedad e intensidad exigida por esa figura delictiva, la cual requiere que dichas comunicaciones o contactos hayan alterado gravemente el desarrollo de su vida cotidiana. Señala igualmente el Ministerio Fiscal como ilustrativa la sentencia del TS de 8 de Mayo de 2017.

Finaliza manifestando que si estima que los hechos denunciados puedan revestir entidad suficiente como para ser reputados como una coacción leve, por lo que interesa la transformación del procedimiento a juicio por delito leve.

A través de escrito de oposición al recurso de reforma del Ministerio Fiscal contra el Auto del Juzgado de Instrucción, argumentamos en primer lugar que la denunciante recibió numerosos mensajes, constantes en autos, a lo largo de seis meses, por lo que es evidente que existe una prolongación en el tiempo de la conducta intrusiva del acusado, no se trata de algo episódico o coyuntural, sino de una manera de actuar sistemática hacia nuestra defendida, produciendo un estado de nerviosismo y desasosiego importantes.

En segundo lugar, y centrándonos en el recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal, recalcamos que en el mismo se alude a la sentencia del Tribunal

Supremo de 8 de Mayo de 2017, la cual versa sobre el delito de hostigamiento o *stalking*, pero lo que ocurre que en ese procedimiento se juzgan unos hechos totalmente diferentes, tratándose de cuatro episodios que únicamente se prolongan nueve días, con morfologías diferenciadas y que no responden a un mismo patrón o modelo sistemático.

Continuamos nuestra línea argumental arguyendo que en nada tienen que ver los hechos aquí enjuiciados con la susodicha sentencia, ya que en este caso estamos hablando de una conducta totalmente sistemática y organizada, con un fin concreto, que se prolonga en el tiempo, y compuesta por el envío de numerosos mensajes de texto, llamadas y hasta una foto de contenido sexual, a través del servicio de mensajería instantánea de la red social Facebook, provocando en nuestra representada un lógico estado de ansiedad, nerviosismo y temor, hasta el punto de alterar su vida cotidiana.

Finalizamos nuestro escrito señalando que el acusado conoce y quiere realizar la conducta acechante, como él mismo reconoce en los mensajes de texto enviados, persigue obsesivamente a nuestra representada, a la que convierte en su objetivo, intentando entablar una conversación que no es aceptada ni querida por nuestra defendida, probablemente por una presunta afrenta que el acusado tiene con el hermano de la susodicha, causándole con ello una grave alteración de su vida cotidiana, y cometiendo por tanto un delito de hostigamiento o *stalking* del artículo 172 ter 1 2º del Código Penal o, en su caso, un delito de coacciones del artículo 172.1 del Código Penal.

Pues bien, el Juzgado de Instrucción dictó auto en el que en primer lugar descarta la posible comisión de un delito de coacciones del artículo 172 del Código Penal al señalar que no existe violencia en el presente caso, siendo como sabemos requisito del tipo.

En segundo lugar procede a analizar si la conducta es encuadrable en el artículo 172 ter del Código Penal, relativo al delito de *stalking*. El auto hace alusión a la mencionada anteriormente STS 8 de Mayo de 2017, concretamente a este párrafo: “los términos usados por el legislador, pese a su elasticidad (insistente, reiterada, alteración grave) y el esfuerzo por precisar con una enumeración lo que han de considerarse actos intrusivos, sin cláusulas abiertas, evocan un afán de autocontención para guardar

fidelidad al principio de intervención mínima y no crear una tipología excesivamente porosa o desbocada. Se exige que la vigilancia, persecución, aproximación, establecimiento de contactos incluso mediatos, uso de sus datos o atentados directos o indirectos, sean insistentes y reiterados lo que ha de provocar una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana...”.

Continúa el auto diciendo que pese a los mensajes y llamadas que provisionalmente se atribuyen al denunciado, llegando a remitir a la denunciante una fotografía de contenido sexual, no se aprecia que tengan la suficiente entidad como para que se aprecie esa “grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana”, por lo que procede acoger los argumentos esgrimidos por el Ministerio Fiscal y acordar la transformación de las presentes diligencias en delito leve, revocando y dejando sin efecto el auto de (...).

En este momento interpusimos recurso de apelación al Juzgado de Instrucción (...) para ante la Iltna. Audiencia Provincial de Cantabria. Argumentamos en primer lugar que el acusado ataca a la libertad de nuestra defendida, entendiendo la de obrar de todo individuo, además de su sentimiento de seguridad, subjetivo e incalculable y que en este caso ha quedado meridianamente claro que se menoscaba, ya que la vida cotidiana de nuestra defendida se altera gravemente como consecuencia de estos hechos, provocando un sentimiento profundo de temor, ansiedad y desasosiego.

Proseguimos diciendo que el acusado ha sometido a nuestra defendida a una persecución personal, valiéndose de los avances tecnológicos y de la facilidad que brindan las redes sociales a sus usuarios para llevar a cabo conductas de este tipo, propiciando a nuestra representada una absoluta desprotección ante la avalancha de mensajes indeseados, configurando una modalidad de acoso a través de la red o *cyberstalking*.

Hicimos alusión en el recurso a la sentencia de 23 de Marzo de 2016 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Tudela, ya referenciada en este trabajo, que ante un caso de un individuo que se dedicaba a llamar por teléfono y mandar mensajes por el mismo medio a otro, el juez consideró que se alteraba la vida normal de la denunciante, señalando que

el acto de llamar de forma persistente o mandar mensajes antes era una falta de vejación injusta de carácter leve, y ahora es un delito de acoso.

También hicimos mención a la Sentencia 177/2017 de 8 de Mayo de 2017 de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 1^a³⁷, por la que se condena como autor penalmente responsable por un delito de acoso del artículo 172 ter del Código Penal a quien hostiga a una compañera de trabajo llevando a cabo vigilancias y enviándole mensajes de texto con la intención de convertir la amistad que tenían en una relación sentimental.

Hicimos hincapié en el gran temor y ansiedad que nuestra defendida sufrió por los hechos acaecidos, llegando a alterar patrones de conducta de su vida cotidiana. Ya en Diligencia de inicio por denuncia ante la Guardia Civil nuestra mandante declara literalmente “que tiene miedo a encontrarse a esta persona por la calle y que pueda hacerla algo”, lo que sin duda evidencia una situación en la que nuestra defendida siente gran ansiedad y temor, provocando que incluso el salir a la calle le produzca miedo e inquietud ante la posibilidad de encontrarse al acusado. Por todo ello, solicitamos se dicte resolución revocando el auto recurrido y acordando se siga el procedimiento por los cauces del procedimiento abreviado.

En Auto (...) de la Audiencia Provincial, se nos traslada en primer término que “lo cierto es que la recurrente ni en dicha denuncia, ni en su declaración posterior en sede judicial, ha puesto de manifiesto que a consecuencia de la recepción de dichos mensajes se haya visto obligada a alterar, ni tan siquiera mínimamente, sus actividades cotidianas, limitándose a relatar que siente temor a encontrarse con el investigado, sin concretar tampoco en su escrito de recurso que patrones de conducta se han visto alterados a consecuencia de la recepción de dichos mensajes, limitándose a hacer una alegación genérica en dicho sentido”.

³⁷ Sentencia número 177/2017 de 8 de Mayo de 2017 de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 1: “el testimonio de la denunciante, contundente y sin fisuras, viene corroborado por los regalos, notas, fotografías y regalos que le dejaba el hoy recurrente, junto con el contenido de los wasaps remitidos, prueba que acredita que el recurrente no aceptó la ruptura definitiva de la amistad e inicia un control, seguimiento, labor de vigilancia, reiteración de mensajes por wasaps, lo que constituye un acoso y persecución obsesiva que constituye el delito por el que viene condenado”.

Prosigue la Sala diciendo que del examen de los numerosos mensajes de cariz intimidatorio y tono claramente imperativo como “harás lo que tienes que hacer”, “será lo que te diga”, “ese mismo comentario lo harás en el cuartel conmigo”, “dime qué es lo que mejor te conviene”, se llega al convencimiento de que estamos ante una conducta que indiciariamente pudiera encontrar encaje en el tipo penal de coacciones. No obstante, entiende la Sala que no existe entidad suficiente como para conformar el delito menos grave de coacciones, pudiendo por el contrario encuadrarse en el delito leve de coacciones previsto y penado en el artículo 172.3 del Código Penal.

Afirma también la Sala, y esta es la cuestión que más nos interesa para el presente trabajo, “que en ningún caso puede afirmarse que dicha conducta encuentre encaje en el tipo penal de acoso previsto en el artículo 172 ter, habida cuenta la doctrina sentada al respecto por nuestro Tribunal Supremo en las SSTS 324/2017 de 8 de Mayo y de 12 de Julio de 2017, por cuanto para la comisión de dicho delito se exige, no solo una cierta reiteración de las conductas, que dejen patente la *voluntad de preservar en las acciones intrusivas, y una cierta prolongación en el tiempo*; sino también, al tratarse de un delito de resultado, la acreditación de que la víctima se ha visto obligada a cambiar su forma de vida, como consecuencia de un acoso sistemático sin visos de cesar, requisito este último, que como se ha dicho no concurre en el presente caso, dado que la recurrente ni tan siquiera ha hecho concreta mención a qué actividades o patrones de conducta se ha visto obligada a cambiar a consecuencia de los hechos denunciados”.

Por todo ello, la sala desestima íntegramente el recurso de apelación que interpusimos, confirmando íntegramente el Auto de fecha (...).

Finalmente, el Juzgado de Instrucción dicta la Sentencia(...), en la que se condena al acusado como autor penalmente responsable de un delito leve de coacciones del artículo 172.3 del Código Penal.

De todo esto se extrae la importancia, para poder aplicar el artículo 172 ter del Código penal, de probar que efectivamente se ha alterado gravemente la vida cotidiana de la víctima, y no de un modo genérico o vago, si no especificando en qué ámbitos o circunstancias ha variado ese patrón diario de vida.

De lo contrario se aplicará como en el presente caso el tipo penal de coacciones del artículo 172, ya sea en su modalidad menos grave si existe violencia, o leve como aquí sucede; o en su caso podría ser irrelevante penalmente y no conllevar ninguna sanción.

Ahora bien, y como reflexión personal, de no apreciarse como así sucedió el delito consumado del artículo 172 ter del Código Penal, ¿podría haber tenido cabida la tentativa del delito de hostigamiento o *stalking*?

Entiendo que estamos ante un delito de resultado, por lo que hipotéticamente caben las formas imperfectas de ejecución; por lo que si se demuestra de manera eficaz que el acusado efectivamente quiso alterar gravemente la vida cotidiana de la víctima y no lo consiguió, al no alterar la susodicha sus patrones diarios, podría cobrar sentido el hecho de castigar a través del artículo 173.2 del Código Penal en grado de tentativa.

5. Figuras afines.

5.1 Cyberbullying.

En el bullying se busca la humillación de la víctima y su completo sometimiento. Actualmente puede decirse que la definición más aceptada es la de *Dann Olweus*³⁸, quien entiende que hay victimización por *bullying* cuando “un alumno está expuesto repetidamente y a lo largo del tiempo a acciones negativas de otro o un grupo de estudiantes”. Esta definición incluye los tres elementos que caracterizan el *bullying*: debe existir la intencionalidad de agredir a la víctima, la agresión debe ser repetida en el tiempo y debe existir un desequilibrio de poder entre agresor y víctima.

Esta discusión sobre el contenido y alcance del *bullying* afecta también al

³⁸ OLWEUS D., *Low school achievement and aggressive behavior in adolescent boys*. In Magnusson, D. & Allen, D. eds. *Human Development and Interactions Perspective*. New York: Academic Press, 353-365: “Bullying is when someone repeatedly and on purpose says or does mean or hurtful things to another person who has a hard time defending himself or herself”.

concepto de *cyberbullying*, definido por *Patchin e Hinduja*³⁹ como el “daño intencional y repetido infligido a través del medio del texto electrónico”. Por su parte, *Smith et al.*⁴⁰, además de los elementos intencionalidad, repetición y uso de las TIC, añaden el desequilibrio de poder, definiéndolo como “una acción agresiva e intencional, desarrollada por un grupo o un individuo, usando formas electrónicas de contacto, repetidas veces a lo largo del tiempo contra una víctima que no puede defenderse fácilmente”.

El *cyberbullying* puede entenderse como el abuso de poder continuado de un menor sobre otro realizado por medio del uso de las TIC. El *cyberbullying* seguiría caracterizándose por conductas centradas en atormentar, amenazar, humillar, hostigar o molestar al menor, pero estas ya no tienen como ámbito la escuela ni ningún otro espacio físico, sino el ciberespacio, lo cual, según el parecer de la mayoría de los autores que han analizado el fenómeno, también conlleva que cambien los autores, las causas y las consecuencias de esta forma de acoso. En este sentido entienden *Ortega, Calmaestra y Mora-Merchán*⁴¹ que para hablar de *cyberbullying* debemos seguir exigiendo los caracteres de “intencionalidad, repetición y desequilibrio de poder”, si bien Internet añade matices diferenciadores a esta forma de *bullying*: el anonimato, el carácter público de la agresión o el que la misma se pueda cometer sin restricciones espaciales ni temporales. Hay que tener en cuenta, además, que en ocasiones el *cyberbullying* puede constituir un acoso autónomo realizado exclusivamente en el ciberespacio, pero en otras es una extensión del acoso realizado en el ámbito escolar, utilizándose Internet para reforzar el *bullying* ya emprendido en el horario escolar. El *cyberbullying* comparte muchas similitudes con el *cyberstalking*, que englobaría como sabemos las conductas de acoso u

³⁹ HINDUJA, S. Y PATCHIN, J.W. “Cyberbullying: an exploratory analysis of factors related of offending and victimization”. *Deviant Behavior (an interdisciplinary journal which focuses on social deviance)*, 29, 129-156, 2008.

⁴⁰ Smith, P., Mahadavi, J., Carvalho, M., Fisher, S., Russell, S., & Tippett, N., (2008). Cyberbullying: Its nature an impact in secondary school pupils. *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 49(4), 376-385.

⁴¹ ORTEGA, R., CALMAESTRA, J. Y MORA-MERCHÁN, J.A. Estrategias de afrontamiento y sentimientos ante el cyberbullying. *International Journal of Development and Educational Psychology*, vol. 2, núm. 1, 2008, pp. 123-132: “el fenómeno del maltrato entre iguales, conocido generalmente por el término inglés *bullying*, se está extendiendo hasta nuevos contextos en los que antes no se manifestaba. Uno de estos espacios, donde pueden suceder los malos tratos entre iguales, es el ciberespacio, produciendo lo que se viene denominando en la literatura como *cyberbullying*”.

hostigamiento continuado a adultos en el ciberespacio. De la misma manera tiene muchas semejanzas con el *online harassment*, también denominado *cyberharassment*, que suele emplearse para referirse a actos concretos, y no continuados, de *bullying* o *stalking* en el ciberespacio. El *cyberharassment*, por tanto, incluiría todas las conductas de *cyberbullying* (y también de *cyberstalking* cuando se realiza sobre un adulto) cuando no son realizadas de forma continuada por el mismo sujeto o sujetos sobre la misma víctima, entre las cuales las más habituales son las siguientes: el envío de mensajes amenazantes o abusivos a través del correo electrónico, la mensajería instantánea; la publicación de información falsa sobre la víctima; la suplantación de identidad con fines de burla, de obtener información o de dañar de cualquier modo al sujeto; la intimidación o coacción a través de comunicación escrita o verbal por medio de Internet; el insulto o calumnia leve y grave; la incitación a otras personas al acoso o a proferir amenazas o agredir a la víctima; el envío de software malicioso o de material pornográfico u ofensivo para dañar a la víctima, etcétera.

El hecho de que el Código penal no contenga una regulación expresa del *cyberbullying* o el *cyberharassment* no supone un obstáculo a la hora de castigar muchos de los ataques que los menores pueden sufrir a través del ciberespacio. Como resulta lógico, la jurisprudencia ha reconducido a distintos tipos penales muchas de las conductas que, con poca precisión, podríamos denominar de «acoso a menores a través de Internet». Y lo ha hecho, como no podría ser de otra forma, a partir de los distintos bienes jurídicos de los menores dañados o puestos en riesgo por los distintos ciberataques. El honor, la libertad, la intimidad, entre otros bienes de los menores que pueden ser afectados, delimitarán la concreta respuesta jurídica. Así, el que, conforme a la conceptualización criminológica, determinados comportamientos puedan definirse como *cyberbullying* o como actos de *cyberharassment*, no influirá, en principio, en que exista una respuesta penal o no a los mismos. Será la afectación a los distintos intereses recogidos en el Código penal lo que delimitará la gravedad de la sanción penal. La entrada en juego, sin embargo, entre los intereses que pueden ser afectados por las conductas que merecen nuestra atención, del bien jurídico «integridad moral», conlleva que muchas de las conductas de *cyberbullying*, esto es, en las que el abuso de poder es

continuado, se hayan reconducido a estos tipos penales.

5.2 Grooming.

Bajo mi parecer, el delito de *grooming*, tipificado en el artículo 183 ter 1 del Código Penal se configura, del mismo modo que el delito de *cyberbullying*, como una especie de subtipo o variante del delito de hostigamiento, pero dirigido a menores. Se trata de una serie de actos a través de la Red dirigidos a embaucar al menor con la finalidad de concertar una cita con el mismo, con un ánimo estrictamente sexual, a diferencia del delito de *stalking*.

Se define como el proceso por el cual una persona, de manera deliberada, se hace amigo de un niño o establece una relación o un control emocional sobre el menor, a través de medios informáticos, para tener contacto sexual en línea y/ o un encuentro físico con ellos, con el objetivo de cometer abuso sexual. Por lo tanto en este caso, al igual que en el *cyberbullying*, y a diferencia de en los delitos de *stalking* o *sexting* (en su modalidad general del artículo 197.7 del Código Penal), el sujeto pasivo ha de ser necesariamente una persona menor de edad.

Este delito se introdujo a través de la LO 5/2010 de reforma del Código Penal, que vino a dar respuesta a una serie de conductas que con anterioridad a la misma no estaban específicamente tipificadas y que sin embargo, comenzaban a proliferar de manera importante, concretamente comportamientos de personas mayores de edad que haciéndose pasar por menores, intentaban tener una cita a través de Internet o de otra tecnología de la información para realizar agresiones o abusos sexuales o cualquier otro comportamiento de naturaleza sexual que implique a menores. Aunque sea una especie de acto preparatorio para cometer otro delito de naturaleza sexual, se trata de un delito *per se* y que tiene la suficiente autonomía e importancia como para que esté tipificado de manera expresa.

Tras la reforma de la LO 1/2015 de 30 de Marzo, el delito de *child grooming* se localiza en el artículo 183 ter, dentro del capítulo II bis relativo a los abusos y agresiones

sexuales a menores de dieciséis años, y que dice literalmente:

"1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

2. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años."

El Tribunal Supremo condena por primera vez por *grooming* en su sentencia 97/2015 de 24 de Febrero⁴², que señala: "El termino *chid grooming* se refiere, por tanto a las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor. En cuanto a la naturaleza se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando lo que en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años. La naturaleza de este delito es de peligro por cuanto se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para dicho bien. Por ello, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de 13 años más allá de su libertad sexual".

Lo fundamental de esta reforma introducida en 2015 es que ahora el sujeto pasivo de este delito son los menores de 16 años, a diferencia de lo establecido anteriormente

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo número 97/2015, de 24 de Febrero. El acusado contactó con un menor a través de las redes sociales *Twitter*, *Facebook* y *Tuenti*, teniendo una serie de conversaciones de índole sexual y llegando a quedar con él en varias ocasiones.

donde la barrera se situaba en los 13. Igualmente, ahora el artículo hace referencia a los artículos 183 (abuso sexual) y 189 (explotación sexual y corrupción de menores): "1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189 (...)", cuando antes de la reforma el abanico de delitos incluidos era mayor, ya que el anterior artículo 183 bis referido al *grooming* hacía alusión a los artículos 178 a 183 y 189.

Resulta curiosa la cláusula exclusión de responsabilidad contenida en el artículo 183 quater, que dice que:

"El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez."

La dificultad reside aquí en determinar qué se considera una persona próxima de edad y grado de desarrollo o madurez. Estamos ante un concepto jurídico indeterminado que habrá de ser concretado jurisprudencialmente.

El delito de *child grooming* es un delito de peligro ya que para su consumación no precisa resultado alguno; además se trata de un delito mixto alternativo, ya que han de concurrir acumulativamente los requisitos especificados por el artículo 183 ter, esto es, contactar con un menor de 16 años, que el contacto se haga a través de Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información o comunicación y proponerle concertar un encuentro a fin de cometer cualquiera de los delitos previstos en los artículos 183 y 189 del Código Penal, o los concretados en el artículo 183 ter apartado 2.

Estaremos ante un delito de grooming aunque el encuentro sexual o la agresión sexual no se haya producido, el intento en sí mismo ya cumple los requisitos del tipo. Además el legislador también sanciona al adulto que seduzca al menor para que le facilite vídeos, fotografías o cualquier otro contenido de carácter íntimo, conducta denominada como *sexting* o embaucamiento de menores y a la que haremos referencia posteriormente.

En la doctrina se ha discutido la problemática en la relación entre el delito de *grooming*, que se trata de una especie de acto preparatorio de otro posterior, y este acto posterior si efectivamente se consuma. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 97/2015 de 24 de Febrero, ya mencionada en anteriores líneas, concluye que no cabe acoger la pretensión del recurrente de que la condena por el tipo penal del artículo 187.1 (prostitución de un menor) sea sustituida por la del 183 bis. Se argumenta la aplicación de un concurso de normas conforme a lo establecido en el artículo 8.4 del Código Penal (principio de alternatividad, aplicación del precepto penal más grave).

Tamarit Sumalla⁴³, afirma que “caso que (...) cometa alguno de los delitos proyectados, ya sea en grado de tentativa o de consumación, el delito del art. 183 bis quedará absorbido por el delito principal, según la regla de la consunción del art. 8.3 CP”.

En este sentido, considero que no es necesaria la aceptación de ese encuentro por parte del menor, sino que se produzca ese contacto, con la propuesta de encuentro y los actos materiales de acercamiento. Por otra parte, este delito se castigará cuando la conducta sexual posterior no se materialice, pues en tal caso la primera conducta de acercamiento quedaría absorbida por parte de la subsiguiente conducta sexual, o en su caso sería aplicable la regla de alternatividad del artículo 8.4 del Código Penal, siempre por supuesto que estemos ante un supuesto sin pluralidad de sujetos pasivos (como por ejemplo el caso de un pederasta que comete *grooming* con un menor pero abusa de un amigo de este); en este último caso no cabría hablar de concurso de normas y sí de concurso real o medial.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo número 864/2015, de 10 diciembre, ante un caso de *child grooming* a dos menores que culminó con el abuso sexual de una de las mismas, entiende que cuando se da el *child grooming* del artículo 183 bis y el abuso sexual del art. 183 del Código Penal se produce un concurso de normas del art. 8.4 CP debiéndose penar por el delito más grave, que es el delito de resultado de abuso sexual

⁴³ TAMARIT SUMALLA, J.M., “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores. (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis) en la reforma penal de 2010, págs. 169 y 170, Thomson Reuters Aranzadi, 2010: “El tipo presenta una estructura caracterizada por su incongruencia por exceso subjetivo, ya que se exige una intención trascendente a los hechos cuya manifestación es requerida en el plano de la tipicidad objetiva. El sujeto activo debe abrigar el propósito de realizar él mismo sobre el menor acosado un delito de agresión sexual, abuso o utilización del menor para la producción de pornografía”

del artículo 183 CP.

En mi opinión, a pesar de la redacción del artículo 183 ter del Código Penal cuando dice que "sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos", fórmula que sin duda deja abierta la posibilidad de un concurso de delitos, no tiene mucho sentido castigar separadamente un delito de peligro como el *grooming* y un delito de resultado como el abuso sexual cuando se trata del mismo sujeto pasivo y un mismo contexto delictivo, ya que de lo contrario estaríamos conculcando el principio de *non bis in idem*.

Como recuerda la STS. 342/2013, de 17 de Abril de 2013⁴⁴, "el concurso de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad".

Debido a todas estas circunstancias mencionadas anteriormente, a esas restricciones que incorpora en su tipo, resulta complicada la aplicación práctica de este delito, como así lo demuestra la escasa jurisprudencia existente.

Recientemente hemos conocido la noticia⁴⁵ de un hombre que ha sido arrestado tras abusar y retener a una adolescente de 13 años. El detenido, sin antecedentes, había

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo número. 342/2013, de 17 de Abril de 2013. "El acusado, José (...), sin antecedentes penales durante los últimos meses del año 2007, a lo largo del año 2008 y los primeros meses del año 2009, valiéndose de sus conocimientos informáticos y ocultando sus datos relativos a sexo y edad, contactaba con personas, casi todas chicas y menores de edad a través de distintas páginas de internet (votamicuerpo, netlog, sexyono, Messenger o tuenti), y tras mantener conversaciones las pedía que le enviaran fotos o videos de ellas desnudas así como les exigía que conectasen la webcam para obtener sus imágenes. Ante la negativa, les profería insultos y amenazas, bloqueándole las cuentas de correo y apoderándose de las mismas así como de sus contactos, datos personales, fotografías y videos que aquellas tenían en el escritorio o en carpetas de sus ordenadores y no solo de las que las víctimas habían colgado en sus perfiles. Tras ponerle de manifiesto a las víctimas el control que tenía sobre sus cuentas y contactos, en muchos de los casos, y que se referirán, consiguió que aquellas les mandasen fotografías y videos mostrando sus cuerpos desnudos, adoptando posturas y actitudes de claro contenido pornográfico, no sin antes amenazarles e insultarles con el fin de obtener una permanencia en el tiempo de dichas conductas".

⁴⁵ <https://www.elmundo.es/madrid/2018/11/19/5bf281d2268e3e0a3a8b461d.html>

contactado con la joven a través de las redes sociales, donde se hizo pasar por un chico de 17 años de edad.

Al arrestado, de 39 años de edad, se le acusa de los delitos de detención ilegal, abuso sexual e inducción a abandono del domicilio. Como sabemos ya, este comportamiento descrito encajaría perfectamente en el delito de *grooming* previsto y penado en el artículo 183 ter 1., pero al producirse un encuentro y consumarse un abuso sexual subsiguiente, el delito de *grooming* quedaría absorbido por este.

5.3 Sexting.

En cuanto al delito de *sexting*, tipificado en el artículo 197.7 del Código Penal, consiste en la difusión a terceros de imágenes o grabaciones audiovisuales de la víctima, sin su autorización, que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. Existe otra modalidad de *sexting* denominada comúnmente como embaucamiento de menores, tipificado en el artículo 183 ter 2 del Código Penal, y de la que hablaremos más adelante.

El delito de *Sexting* es una nueva tipología delictiva que deriva de la contracción de (*sex* y *texting*). Es un anglicismo, para referirse al envío de contenidos eróticos o pornográficos por medio de teléfonos móviles. En un primer término, se comenzó haciendo referencia a conductas producidas a través del envío de SMS de naturaleza sexual, posteriormente, la introducción de las nuevas tecnologías, amplió el abanico del ámbito objetivo de este nuevo delito. Es una práctica surgida en el mundo actual dominado por el desarrollo de las nuevas tecnologías y su inserción en la comunicación social, sobre todo entre grupos de adolescentes. El *sexting* aparece pues, como un fenómeno que se sitúa, en un proceso de transformación evidente con la revolución sexual, el desarrollo tecnológico y la pérdida de privacidad de estos últimos tiempos, hasta el punto de aparecer el término «privacidad compartida», todo ello, en el marco de la frágil indemnidad sexual de los menores.

Al igual que el delito de *stalking*, el delito de *sexting* se introduce por la reforma 1/2015 de 30 de Marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre, del Código Penal.

El punto XIII del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, establece que:

“Se modifican los delitos relativos a la intromisión en la intimidad de los ciudadanos, con el fin de solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas. El vigente artículo 197 contempla como delito, por un lado, el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos de naturaleza personal de la víctima y, por otro lado, la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada. Ambas conductas exigen la falta de consentimiento de la víctima.

Los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad.”

Esta nueva figura delictiva se encuadra dentro del TÍTULO X relativo a los “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, más concretamente en el Capítulo Primero “Del descubrimiento y revelación de secretos”.

El tenor literal del artículo 197.7 del vigente Código Penal establece lo siguiente:

“7. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa

persona.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa”.

Se crea paralelamente el delito de *sexting* o de embaucamiento de menores, tipificado en el artículo 183 ter apartado 2 del Código penal, que dice lo siguiente: "El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años".

Este delito de embaucamiento de menores tiene su génesis en la Directiva 2011/92/UE⁴⁶, que lo denomina de esa forma, y se especifica en el artículo 12 de la misma.

Centrándonos en la modalidad comisiva general del artículo 197.7, en el que se castiga la difusión de imágenes o de vídeos sin la autorización o consentimiento de la persona afectada; el hecho de que este material gráfico haya sido obtenido con la anuencia o consentimiento de la víctima no da ningún derecho lógicamente a que se difunda. En este sentido, la carga de la prueba recae en el acusado, ya que es evidente que como regla general ciertas imágenes o vídeos no van a ser autorizados para su difusión.

Resulta especialmente curiosa la expresión "en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros...", no se entiende muy bien que

⁴⁶ Directiva 2011/92/UE; art. 12: "las formas graves de abusos sexuales y explotación sexual de los menores han de ser objeto de penas efectivas, proporcionadas y disuasorias. Entre ellas se incluyen las diversas formas de abusos sexuales y explotación sexual de los menores que se sirven de las tecnologías de la información y la comunicación, como el embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las redes sociales y salas de *chats* en línea. También es preciso aclarar la definición de pornografía infantil y aproximarla a la contenida en los instrumentos internacionales".

específicamente se hable de domicilios cuando esas imágenes podrían tomarse hipotéticamente en cualquier otro lugar siempre que como dice el tipo, "esté fuera de la mirada de terceros", expresión esta que igualmente genera problemas de interpretación y que deberá ser interpretada jurisprudencialmente.

Los derechos fundamentales que pueden ser vulnerados a través de este delito son el honor, la intimidad y la propia imagen en relación al derecho de *habeas data*, consagrados fundamentalmente en el artículo 18 1º de nuestra Carta Magna.

Hasta ahora, el Código Penal solo castigaba en el art. 197.1 el «apoderamiento o interceptación» de cartas o mensajes privados de la víctima, pero no preveía penas cuando era la propia víctima la que compartía esa información con la persona que luego la difundía sin su debida autorización, por lo que la tipificación de esta conducta delictiva se antojaba realmente necesaria.

*Martínez Otero*⁴⁷ define el *sexting* como "la práctica que está comenzando a extenderse entre los usuarios de las nuevas tecnologías, y que consiste en la producción y el envío de imágenes eróticas de naturaleza casera, protagonizadas por el propio emisor, lo que hasta la fecha había conllevado que no se entendieran punibles estas conductas consistentes en la exposición personal a que este tipo de hechos ocurrieran en realidad por exponerse a esa grabación, tanto por la propia víctima como por el autor, sin saber a dónde pueden ir a parar luego esas imágenes".

La necesidad de tipificar este delito surgió en gran parte por el caso de una ex concejal del ayuntamiento de los Yébenes que sufrió una vulneración de su derecho a la intimidad al difundirse a cientos de personas un video de contenido sexual que ella misma había mandado al acusado. Este delito era atípico cuando se dieron los hechos ya que no se recogía en el Código Penal, por ello, el juez estableció que esta vulneración de su intimidad no se produjo y que sólo se hubiera producido en el caso de que el acusado hubiera accedido al teléfono móvil de la denunciante sin su autorización.

Varias notas y características definen el delito de *sexting*. En primer lugar la

⁴⁷ MARTÍNEZ OTERO, J.M., "el nuevo tipo delictivo del artículo 197.4 bis: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento", Diario La Ley, nº 8234, Editorial La Ley, 2013.

voluntariedad, ya que es una conducta libre por parte del autor, ya que la realiza sin ningún tipo de presión ni coacción por parte de nadie; sí resulta factible la posible existencia de inconsciencia, debido a una posible difusión no esperada ni querida realmente por el autor.

En segundo lugar, y como hablaremos con detalle más adelante, la utilización de medios tecnológicos, fundamentalmente teléfonos móviles y ordenadores, que debido al gran desarrollo de los mismos permiten poder difundir cualquier contenido de manera rápida y eficaz.

En tercer lugar, el carácter privado o doméstico de los contenidos difundidos. En este sentido, hay que decir que es bastante habitual que los contenidos sean de índole sexual, pero el tipo penal no lo especifica, por lo que hipotéticamente cabe material de otra naturaleza siempre que conculque los bienes jurídicamente protegidos por este delito.

Si bien es verdad que una persona que proporciona ese material debería ser más cauteloso y no cometer semejante imprudencia, ello no es óbice para que esa difusión no consentida tenga el correspondiente reproche penal. En este sentido parece muy acertada la tipificación de esta conducta, si bien es cierto que su persecución tendrá grandes obstáculos debido a la dificultad que muchas veces supone rastrear estas conductas.

6. Implicación e importancia de los avances tecnológicos en este tipo de figuras delictivas.

Todos estos delitos que venimos estudiando, juntos con otros muchos y más que aparecerán en un futuro inmediato, constituyen lo que podría denominarse acoso a través de la Red o acoso cibernético, aunque como bien sabemos ya el delito de *stalking* u hostigamiento es más amplio y admite no solo el acechamiento cibernético (*cyberstalking*), si bien es verdad que hoy en día esta modalidad comisiva es la más

relevante por su tremendo crecimiento y proliferación.

Todas las modalidades delictivas por lo tanto tienen un claro denominador común, y es su estrecha relación con los avances tecnológicos. Además de los delitos contemplados existen otros muchos que se ven facilitados y potenciados por el uso de Internet, y es evidente que cada vez resultará más importante el establecer barreras y todo tipo de controles para que todo este fenómeno delictivo a través de la Red no vaya a más.

Como dijimos anteriormente, si bien es cierto que en el delito de *stalking* caben otras modalidades comisivas, la que mayores problemas y mayor proliferación está teniendo es la contenida en el punto segundo del artículo 172 ter del Código Penal: “establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas”.

Precisamente este es el apartado más íntimamente relacionado con los avances tecnológicos, ya que hace referencia a lo que podemos denominar “*stalking virtual*” o *cyberstalking*, como hemos referido en anteriores apartados de este trabajo.

En el fenómeno del *cyberbullying* la relación es inherente, ya que la conducta de acoso llevada a cabo se realiza a través de la Red, constituyendo una modalidad de acoso entre menores que comparte muchos puntos en común con el *cyberstalking*.

Por su parte, en los delitos de *grooming* y *sexting* la relación es también evidente; el artículo 183 ter del Código penal relativo al delito de *grooming* hace referencia a “el que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y comunicación...”, mientras que el artículo 197.7 del Código Penal, en el que se tipifica el delito de *sexting*, si bien es verdad que habla únicamente de difusión de imágenes o grabaciones audiovisuales sin especificar el medio, resulta evidente que hoy en día el medio más rápido y eficaz es Internet, aunque hipotéticamente quepan otros instrumentos para llevar a cabo esa divulgación; esto no ocurre con el delito de *sexting* o embaucamiento de menores (como lo denomina la Directiva 2011/92/UE), recogido en el artículo 183 ter 2 del Código penal, que si hace referencia en concreto a Internet y a las tecnologías de la información, y que dice literalmente: “ El que a través de internet, del

teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional número 173/2011, de 7 de noviembre, recuerda la importancia de dispensar protección constitucional al cúmulo de información personal derivada del uso de los instrumentos tecnológicos de nueva generación. Allí puede leerse el siguiente razonamiento: “si no hay duda de que los datos personales relativos a una persona individualmente considerados, a que se ha hecho referencia anteriormente, están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, vídeos, etc.) — por lo que sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica—, no sólo forma parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano. Es evidente que cuando su titular navega por Internet, participa en foros de conversación o redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos de noticias, entre otras posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc.”.

Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona. A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al secreto de las

comunicaciones del art. 18.3 CE (por cuanto es indudable que la utilización de este procedimiento supone un acto de comunicación), sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado. Por ello deviene necesario establecer una serie de garantías frente a los riesgos que existen para los derechos y libertades públicas, en particular la intimidad personal, a causa del uso indebido de la informática así como de las nuevas tecnologías de la información” (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2013, Rec. 1641/2012).

Resulta evidente que el ordenamiento debe responder y amoldarse conforme a la realidad social que vivimos en cada momento. Con la revolución tecnológica de finales del siglo XX y principios del siglo XXI y la consecuente aparición de lo que se denomina Sociedad del Conocimiento⁴⁸, ha resultado necesaria la creación de una nueva generación de derechos humanos relacionados directamente a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TICs) y su incidencia en la vida de las personas.

En esta nueva etapa que estamos viviendo fundamentalmente desde que empezó a proliferar el uso de Internet, las libertades y derechos se han introducido en el espacio digital, lo que provoca que sea necesario su reconocimiento y protección por parte de los Estados. En este sentido, se pueden hablar de los derechos de cuarta generación, que comprenden por ejemplo el derecho de acceso a la informática, el derecho a la autodeterminación informativa o el derecho al Habeas data y a la seguridad digital, estos últimos directamente relacionados con lo que venimos exponiendo en este trabajo.

Centrándonos en el *cyberstalking* u hostigamiento virtual, la modalidad comisiva del delito de *stalking* del artículo 173 ter 1. 2ª del Código Penal, principalmente se da en redes sociales como *Facebook*, *Instagram* o *Twitter*, o a través de redes de mensajería instantánea como *Whatsapp*, donde la mayoría de personas dejan su información disponible para cualquiera.

Aunque como ya sabemos muchos de estos comportamientos de hostigamiento

⁴⁸ Para la UNESCO "el concepto pluralista de sociedades del conocimiento va más allá de la sociedad de la información ya que apunta a transformaciones sociales, culturales y económicas en apoyo al desarrollo sustentable. Los pilares de las sociedades del conocimiento son el acceso a la información para todos, la libertad de expresión y la diversidad lingüística".

no tienen reproche de manera aislada, empieza a considerarse como un problema cuando el comportamiento es repetitivo. Por ejemplo, enviar correos electrónicos cientos de veces, utilizar los servicios de mensajería instantánea para acechar a una persona frecuentemente, entre otros. Y esto puede devenir en delito si esa serie de actos conforman un patrón de conducta repetitivo capaz de alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima.

Evidentemente resulta altamente complicado poder evitar o defenderse ante este tipo de conductas en las redes, pero sí se pueden llevar a cabo una serie de acciones para intentar prevenir en la medida de lo posible este hipotético hostigamiento, como puede ser evitar dar datos sensibles como el número de teléfono o el correo electrónico a desconocidos, configurar las redes sociales para que únicamente sean accesibles a amigos o conocidos y por supuesto, acudir a las autoridades policiales en caso de ser necesario.

Existe una modalidad de acoso muy próxima al *cyberstalking* que es el llamado *dating violence*, o violencia entre parejas jóvenes o adolescentes agravado como consecuencia del auge de las nuevas tecnologías, y consiste en un control continuado y enfermizo de la víctima a través del móvil, ordenador y de las tecnologías de la información.

Las mismas consideraciones y prevenciones se pueden tomar en relación con el *cyberbullying* (acoso a través de la Red entre menores), aunque en este caso reforzadas debido a que los perjudicados aquí son menores de edad. Como desarrollaremos más adelante cuando hablemos del *childgrooming*, aquí la acción protectora de los padres resulta fundamental para poder evitar que el menor sufra este tipo de acoso a través de la Red, aunque la misma lógicamente ha de respetar los derechos fundamentales que asisten al menor.

Cada vez surgen nuevas modas y conductas relacionadas con el ciberacoso, como el denominado *happy slapping*, conducta íntimamente relacionada con el acoso entre menores, en el que varios agresores atacan a un menor, y en el que además de la agresión física, se produce una agresión moral debido al hecho de que la agresión es

grabada y difundida a través de las redes, haciendo uso de plataformas como *Whatsapp* o *Youtube*. No existe un tipo penal específico para encuadrar esta conducta de ciberacoso, por lo que habrá que estudiar el caso en cuestión y reconducirlo a través del artículo del Código Penal que resulte más parejo al asunto.

Centrándonos en el delito de *grooming*, hay que decir que estamos ante un delito en la que los pedófilos tratan de contactar con sus víctimas menores a través de la Red. Los adultos contactan con un menor a través de redes sociales o valiéndose de Internet para crear un vínculo afectivo, intentando ganarse la confianza del mismo, para concertar una cita con claros fines sexuales. Pedófilos o pederastas se esconden detrás del anonimato valiéndose de perfiles falsos o de información distorsionada para captar la atención de los menores y beneficiarse de la vulnerabilidad, de la inocencia y del desconocimiento de los niños.

Hoy en día prácticamente cualquier joven puede acceder a Internet, y la posibilidad de enviar imágenes u otro tipo de material a cualquier persona es infinita. La existencia de redes sociales que brindan la posibilidad de comunicarse con cualquier sujeto del mundo y de aplicaciones de mensajería instantánea como *Whatsapp* o similares no hace sino reforzar esta situación y fundamentar un caldo de cultivo para la proliferación de actos delictivos por parte de los pederastas.

El contacto tiene que ser por un medio tecnológico. La ley se refiere a Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación. Es claro que se ha querido dejar abierto el medio tecnológico. Parece descartarse el contacto directo personal, per hipotéticamente podría darse perfectamente un contacto personal proseguido de un contacto a través de medios tecnológicos.

Parece necesaria la tipificación de este delito, ya que a pesar de fundamentarse como una especie de acto preparatorio de actos posteriores, es necesario el especial castigo de estas conductas por la facilidad que supone la utilización de los medios tecnológicos para captar menores por parte de los pederastas y su total indefensión.

El Tribunal Supremo, en su sentencia número 97/2015 de 15 de Febrero nos dice sobre el delito de *grooming* lo siguiente:

"El contacto tiene que ser por medio tecnológico. La Ley se refiere a Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, se trata por tanto, de un listado abierto que da cabida a cualquiera otros mecanismos o sistema de transmisión de datos que no precisen conexión a Internet o a una línea telefónica, como por ejemplo, conexión en red mediante Wi-Fi o Ethernet, aplicaciones basadas en Bluetooth u otros sistemas que puedan desarrollarse.

Se destaca en la doctrina que si el menor es captado directamente y no mediante estos medios y además se comete uno de los delitos de los arts. 178 a 183 y 189 no regirá la regla concursal, sino solo el delito cometido. Por ello la exigencia de que la relación se desarrolle por medios tecnológicos parece descartar la aplicación de supuestos en los que la relación se desarrolle en el sentido real, es decir, mediante el contacto físico entre el delincuente y la víctima.

No obstante otros autores entienden por el contrario que puede darse un contacto directo personal inicial que se prolongue por medios tecnológicos, lo que permitiría la realización de la conducta típica, dado que el tipo penal no especifica si ese contacto es el inicial o derivado. Si se pretende castigar estas conductas por la facilidad que supone la utilización de medios tecnológicos para captar al menor, esa captación, en muchos casos, no se agota con los contactos iniciales, por lo que sería aplicable el tipo penal al que, tras unos contactos iniciales personales prosigue la captación del menor por medios tecnológicos (por Ej. Profesor o monitor conocido por el menor)".

Otra cuestión que está generando bastantes problemas fundamentalmente entre los menores es la proliferación en el uso de aplicaciones de citas y contactos, como por ejemplo *Tinder*, *Badoo* o *Lovoo*, por citar unas pocas entre las innumerables que existen. Normalmente estas aplicaciones señalan un límite de edad, pero no es infrecuente que los menores accedan a ellas, ya que no existe ningún filtro o control de acceso que acredite que las personas que hacen uso de estas plataformas sean mayores de edad.

El problema de este tipo de aplicaciones es que suelen tener un contenido íntimo y buscan potenciar principalmente encuentros o citas de carácter sexual, por lo que en numerosas ocasiones suele ser utilizado por pederastas para contactar con

menores. Como hemos dicho anteriormente, estas plataformas suelen establecer un mínimo de edad de acceso de 18 años, por lo que si un hipotético pederasta contactara con un menor, podría aducir como argumento de defensa el desconocimiento de esa minoría de edad al tratarse de aplicaciones para mayores, salvo que lógicamente se pudiese probar a través de la conversación que el pederasta era conocedor de la edad de la víctima.

Estas plataformas pueden ser también y de hecho lo son caldo de cultivo para los *stalkers*, por lo que evidentemente no solo los menores se pueden ver afectados por este tipo de aplicaciones y plataformas, ya que el hecho de proporcionar cualquier tipo de dato personal o imagen puede ser empleado para fines perniciosos.

Es bastante evidente y comprensible la preocupación de los padres sobre la actuación de sus hijos en Internet y las posibles consecuencias perjudiciales que este uso puede generar. Desde compañías como *Google*, cuyo principal producto es el motor de búsqueda de contenido a través de Internet, así como de otros prestadores de servicios, se han intentado establecer pautas de educación a modo de Código de Buenas Prácticas familiar en el que se anima a los menores a hablar con la familia de la seguridad en Internet, utilizar juntos la tecnologías (de manera que puedan resolver juntos los problemas de seguridad que vayan surgiendo), comentar los sitios y servicios de Internet (hablando con la familia de los sitios que los menores suelen visitar y sobre lo que puede ser o no apropiado), proteger las contraseñas de seguridad y configurar bien y de manera segura los ajustes de privacidad y los controles para compartir contenido, comprobar las restricciones de edad así como educar a los menores y animar a la familia a comunicarse en un uso responsable y seguro de las nuevas tecnologías y redes sociales.

Resultan muy interesantes en este sentido las charlas y clases que diferentes miembros de la Guardia Civil y la Policía Nacional imparten en los centros educativos para concienciar y dotar de herramientas a los menores para hacer frente a estos peligros; y también la aparición de iniciativas como Ciberexperto@, proyecto de la Policía Nacional que consiste, principalmente, en desarrollar actividades de formación para los

alumnos de primaria, al considerar que es la edad inicial en la que empiezan a tener contacto y curiosidad con las tecnologías, dotándoles de las habilidades necesarias para navegar seguro en Internet y así poder prevenir y erradicar conductas delictivas y otros riesgos asociados a las nuevas tecnologías.

Además, hoy en día existen aplicaciones muy interesantes que permiten a los padres gestionar el tiempo que el menor pasa frente al ordenador o el móvil, controlar sus contactos, vigilar el contenido que emite y el que recibe, impedir el acceso a contenido inapropiado o a páginas webs inadecuadas para su edad, permitir la geolocalización del menor, o incluso monitorizar lo que hace el susodicho con su dispositivo electrónico.

Para evitar que menores de dieciséis años sean víctimas de un delito como el *childgrooming*, los padres deben culturizarse tecnológicamente, deben estar pendientes del uso que los menores dan a las redes sociales y a los medios de comunicación virtuales e informarles de los peligros que se corren cuando uno bucea por Internet. Sobre todo, hay que dar confianza al menor ya que si el delincuente sexual increpa al menor para que le mande fotografías pornográficas bajo amenaza de contarles a sus padres que habla con extraños, el mismo sentirá vergüenza en el mayor de los casos y accederá al chantaje.

Esta labor de vigilancia puede entrar en conflicto con los derechos fundamentales que asisten al menor, concretamente cabe hablar de la ley 1/1996 de protección jurídica del menor, que en su artículo 4.1 señala que “los menores tienen derecho al honor, la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia así como del secreto de las comunicaciones”.

Sin ánimo de mayor exhaustividad, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo nº 864/2015 de 10 de Diciembre de 2015, la cual nos da la clave en esta materia, ya que nos dice que los padres no pueden acceder a las cuentas privadas de sus hijos en redes sociales ni en Internet, ni pueden vulnerar sus derechos fundamentales puesto que se estaría conculcando su intimidad. Y aunque el propio Tribunal reconoce que es muy difícil

conjugar por un lado el cumplimiento de los deberes paternofiliales que la Ley exige a los padres y la seguridad del menor, lo cierto es que al menor le ampara este derecho a la intimidad y podría considerarse ilegal y abusivo el espionaje o control masivo del menor a través de ciertas aplicaciones antes citadas. La excepción vendría para los casos de urgencia y necesidad y cuando haya indicios patentes de que los menores pueden estar siendo víctimas de algún tipo de abuso o acoso, en estos casos la intromisión de la intimidad del menor podría estar justificada.

Por otro lado, respecto al delito de *sexting*, tenemos que ser conscientes de que cuando una foto sale de nuestro teléfono móvil ya no forma parte de nuestra privacidad, siendo imposible prever el uso que le va a dar la persona que la recibe. La intimidad personal es un derecho fundamental y nosotros mismos tenemos que velar por mantenerlo, ya que si no lo hacemos, nos convertimos en esclavos de nuestros propios actos. Hoy en día estamos ante un proceso que conlleva un claro descontrol de nuestra imagen ya que una vez que subimos una imagen a Internet, perdemos el control sobre ese material.

El delito de *sexting* supone el envío de imágenes o grabaciones audiovisuales, que pueden tener un carácter sexual o pornográfico o no, lo cual a la vez es susceptible de otro tipo de situación asociada como es la *sextorsión*, es decir, extorsionar a la víctima con la amenaza de difundir o divulgar las imágenes si no se cede a las pretensiones económicas o emocionales.

Ligada íntimamente con el delito de *sexting* y con la utilización indebida de la tecnología e Internet, surge otra práctica denominada *morphing*, que consiste en la distorsión, manipulación y modificación (en muchos casos con connotaciones denigrantes y vejatorias) de la imagen compartida en las redes, vulnerando de esta manera la imagen de perjudicado, además de su intimidad y dignidad.

Como conclusión decir que si bien muchas de estas conductas son difícilmente perseguibles debido al anonimato que brinda la Red, si podemos establecer ciertos parámetros a la hora de hacer uso de las tecnologías y de Internet, haciendo especial énfasis en la protección del menor por su mayor desprotección, y realizando un uso

responsable, evitando compartir ciertos contenidos, y por supuesto acudiendo a las autoridades competentes en caso de ser necesario.

7. CONCLUSIONES

En el presente trabajo he pretendido realizar un estudio sobre la figura del hostigamiento, haciendo especial énfasis en el hostigamiento virtual o “cyberstalking”, y relacionándolo con otras figuras acosadoras afines que fundamentalmente se desarrollan a través de los medios tecnológicos y de Internet. A continuación procederé a exponer las conclusiones alcanzadas.

En primer lugar, empezaré haciendo una serie de comentarios sobre el artículo 172 ter del Código Penal, que como sabemos recoge el delito de *stalking* u hostigamiento. Llama poderosamente la atención del citado artículo la cantidad de modalidades comisivas que incluye. Es evidente la dificultad existente e incluso la imposibilidad para acotar tales comportamientos e intentar establecer un *numerus clausus*, dada la diversidad de conductas que pueden darse en la práctica susceptibles de poder integrar esta figura delictiva, pero lo que es evidente también es que esta fórmula tan abierta que emplea el legislador genera una inseguridad jurídica nada deseable y contraria a los principios de legalidad y taxatividad, recogidos en el artículo 25 de nuestra Carta Magna. Igualmente, esta formulación tan aperturista trae como consecuencia inevitable internarse en una prohibición derivada del principio de legalidad al que hicimos referencia anteriormente, como es la imposibilidad de estimar una analogía *in malam partem*.

Constituye un elemento altamente distorsionador la exigencia de que el sujeto pasivo en el delito de hostigamiento deba sucumbir a la acción acosadora. La incidencia grave en la modificación de la vida cotidiana no debe quedar a merced de una imprecisa vía de subjetivación, sino que habrá de tomarse en consideración un estándar general en

aras de la seguridad jurídica, que lógicamente se habrá de ir fijando jurisprudencialmente.

Estas actitudes acosadoras se reprochaban penalmente antes de la aparición del artículo 172 ter, a través del delito básico de coacciones del artículo 172 del Código Penal, que como bien sabemos constituye una especie de cajón de sastre que aglutina y da respuesta a múltiples situaciones reprochables penalmente. Considero que es necesaria la tipificación del delito de *stalking* de manera expresa y autónoma debido a la proliferación de este tipo de situaciones como consecuencia en gran medida del uso masivo de Internet y de las tecnologías de la información, ya que así sin duda la seguridad jurídica se ve reforzada y la víctima protegida de manera más completa y eficaz. Además, ciertos comportamientos que ahora tienen su respuesta penal con el artículo 172 ter, anteriormente quedaban despenalizados al no tener una cabida precisa ni en el delito de coacciones ni en el de amenazas por no cumplir todos los elementos típicos de las referidas figuras delictivas. Lo que si me parecería interesante es concretar específicamente la modalidad de hostigamiento virtual o “cyberstalking”, para así evitar posibles problemas interpretativos.

Por otra parte hay que decir que este delito ya se haya contemplado en países de nuestro entorno desde hace ya tiempo, por lo que es evidente que no se trata de ninguna ocurrencia el hecho de incluirlo en nuestro ordenamiento, teniendo en cuenta además que toda la problemática de la ciberdelincuencia no va si no en aumento, y por lo tanto parece necesario ir acomodando nuestra legislación penal para hacer frente a la nueva realidad social en que nos encontramos, no siendo suficiente desde mi perspectiva el reconducir este tipo de conductas para su castigo a través de otros tipos penales.

La alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana del sujeto pasivo entiendo que puede suscitar problemas interpretativos a la hora de fijar la barrera entre lo que supone una alteración grave y lo que no. Considero que el tipo penal en este caso debería ir dirigido a castigar un patrón objetivo de conducta y no basar la tipicidad del delito en la víctima y en su respuesta al hostigamiento.

En cuanto al delito de *cyberbullying* o acoso entre menores a través de la Red,

simplemente hacer un pequeño apunte, y es que como sabemos no encuentra acomodo específico en ningún artículo de nuestro ordenamiento penal, resultando ser sancionado a través de otros artículos dependiendo del bien jurídico afectado. Entiendo que debido a su proliferación e importancia debería establecerse una tipificación expresa del mismo, encontrando quizás acomodo en un hipotético capítulo que propondré posteriormente en estas conclusiones, y que podría aglutinar las distintas formas de acoso recogidas en el Código penal, compartiendo muchas similitudes con el delito de *cyberstalking* u hostigamiento virtual, pero referido evidentemente al ámbito de los menores.

El avance imparable de las tecnologías y de Internet es lo que del mismo modo y en gran medida ha propiciado la tipificación de conductas como la recogida en el delito de *grooming*, delito que no es sino una especie de acto preparatorio de una posible conducta subsiguiente de carácter sexual con un menor. A pesar de esta circunstancia, ante el crecimiento de este tipo de situaciones y la alarma social que ello conlleva, hace que la tipificación de este delito de manera autónoma cobre sentido. Lo que si entiendo es que si efectivamente se consuma el delito sexual subsiguiente al delito de *grooming*, estaríamos ante un concurso de normas y no ante un concurso de delitos, por lo que deberíamos aplicar el artículo 8 del Código Penal a través de la regla de la consunción o de la alternatividad.

Creo que existe una manifiesta falta de coordinación a la hora de sistematizar las diferentes figuras de acoso existentes en nuestro Código Penal. Además del delito de hostigamiento o *stalking*, tenemos el acoso sexual, el acoso laboral, el acoso escolar (*bullying* y *cyberbullying*), el acoso inmobiliario y el ciberacoso a menores (*grooming* y *sexting*). Ante la gran variedad de modalidades de acoso, y el aparente descontrol que eso genera, parece interesante la solución de establecer un Capítulo relativo a los delitos de acoso que contemplase las distintas figuras con relevancia penal, por supuesto con una perfecta concreción de los elementos normativos y del bien jurídico de cada tipo.

Por otro lado, haciendo referencia a la problemática referida específicamente a la figura del menor, y a su evidente desprotección en la Red, al final creo que se trata de una cuestión educacional, en la que habrá que conjugarse las herramientas de seguridad

que ponen a disposición los propios prestadores de servicios, con la educación familiar y también escolar que debe dispensarse a los menores. Finalmente, aunque con cautelas y usadas con prudencia, las nuevas aplicaciones o apps de control parental podrán ser una herramienta útil que bien utilizadas permitan preservar la intimidad del menor pero reforzando la seguridad del mismo acorde con la patria potestad que deben ejercer los padres.

El impacto de las Nuevas Tecnologías ha hecho que nuestra sociedad cambie y nuestras relaciones interpersonales cambien con ella y por extensión también el Derecho. Nuestra principal preocupación debería residir en cómo proteger a la ciudadanía, y muy especialmente a los menores, de los peligros de Internet y las redes sociales. Nuevos desafíos y retos jurídicos deberán plantearse en el sector legal: cómo articular mecanismos para proteger a la ciudadanía de los ataques de ciberdelitos y los peligros de la Red, cómo controlar los límites de edad impuestos por el legislador, cómo establecer filtros y controles seguros para la supervisión de la edad y el contenido adecuado para el menor, cómo penar conductas especialmente reprochables que ataquen a la imagen de los individuos y especialmente del menor, debido a su especial vulnerabilidad y desprotección, cómo sancionar conductas delictivas, y cómo proteger la imagen y la privacidad. Son preguntas que todos deberíamos plantearnos. La cooperación jurídica internacional y la unificación legislativa o jurisdiccional en el ámbito ciberdelictuencial debería ser una cuestión interesante a debatir en el ámbito europeo e internacional habida consideración de la viralización de los medios y la vertiginosa rapidez de crecimiento y desarrollo de las TIC (tecnologías de la información y la comunicación) en todos los ámbitos de nuestra sociedad.

BIBLIOGRAFÍA / WEBGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

ALONSO DE ESCAMILLA, A: "El delito de *stalking* como nueva forma de acoso. *cyberstalking* y nuevas realidades". *La Ley Penal*, Nº 105, Sección Estudios, Editorial LA LEY.

BALLESTEROS, T: “el nuevo delito de acoso”, 2016.

California Penal Code, Sección 646.9, en vigor desde el 1 de enero de 1991.

CÁMARA ARROYO, LL PENAL, 121, 2016.

CARPIO BRIZ, D.: “Coacciones”, en Manual de derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 1, Tirant lo Blanch, 2015, 130-145.

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de Mayo de 2011.

CUERDA ARNAU, M.L.: «Delitos contra la libertad (y II)», en González Cussac, J.L. (Coord.): *Derecho penal. Parte especial*. 4.ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y MAYORDOMO RODRIGO, V.: “Acoso y Derecho penal”, en *Eguzkilore* (Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología) n.º. 25, 2011.

Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de Diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (DO L 335 de 17.12.2011).

GARCÍA GONZÁLEZ, J: “Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet”, Tirant lo Blanch, Junio 2010.

GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, A.: “Acoso-Stalking: art 173 ter”, Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012; 2013; 581-588.

HINDUJA, S. Y PATCHIN, J.W.: “Cyberbullying: an exploratory analysis of factors related of offending and victimization”. *Deviant Behavior (an interdisciplinary journal which focuses on social deviance)*, 29, 129-156, 2008.

<https://www.elmundo.es/madrid/2018/11/19/5bf281d2268e3e0a3a8b461d.html>

Informe del CGPJ al Anteproyecto de Código penal, 2013.

Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, Madrid, 20 de diciembre de 2012.

LAMARCA PÉREZ, C.: "Delitos: la parte especial del Derecho Penal", Dykinson, 2006.

Ley de Protección contra el acoso de 1997, del Parlamento del Reino Unido

MAGRO SERVET, V.: "Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172 ter) en la reforma del Código Penal", Ponencia de formación continuada en la Fiscalía General del Estado, 16 de marzo de 2015.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: La reforma del Código penal de 2015 conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo. La Ley, Madrid, 2015.

MARTÍNEZ OTERO, J.M., "el nuevo tipo delictivo del artículo 197.4 bis: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento", Diario La Ley, nº 8234, Editorial La Ley, 2013.

MATALLÍN EVANGELIO, A.: "Delito de acoso (art. 172 ter)", en González Cussac, J.L.: *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

MAUGERI, A.M.: "El *stalking* como delito contra la intimidad", en "Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad: aspectos referidos a delitos contra la vida y la salud, violencia de género, tráfico de órganos humanos, *stalking*, contra la libertad y la indemnidad sexuales y dopaje", Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

MELOY, J.R.: "Stalking: An old behavior, a new crime", en "Psychiatric Clinics of North America", Abril 1999.

MELOY, J.R.: «Stalking: the state of the Science», en *Criminal Behaviour and Mental Health*, N.º 17, 2007.

MOHANDIE, K. ("the RECON typology of stalking: reliability and validity based upon a large sample of North American stalkers, *Journal of Forensic Sciences* 51: 147-155.

OLWEUS D., *Low school achievement and aggressive behavior in adolescent boys. In Magnusson, D. & Allen, D. eds. Human Development and Interactions Perspective. New York: Academic Press, 353-365.*

ORTEGA, R., CALMAESTRA, J. Y MORA-MERCHÁN, J.A. Estrategias de afrontamiento y sentimientos ante el cyberbullying. *International Journal of Development and Educational Psychology*, vol. 2, núm. 1, 2008, pp. 123-132.

PALMA HERRERA, J.M.: "La reforma de los delitos contra la libertad operada por la LO 1/2015, de 30 de Marzo", en Estudios sobre el Código Penal reformado, 2015, págs. 375-411.

SHERIDAN, L.P., BLAAUW, E. & DAVIES, G.M.: "Stalking: Knowns and unknowns", *trauma violence*

abuse, Abril 2003.

SMITH, P., MAHADAVI, J., CARVALHO, M., FISHER, S., RUSELLI, S., & TIPETT, N., (2008). Cyberbullying: Its nature an impact in secondary school pupils. *Jornal of Child Psychology and Psychiary*, 49(4), 376-385.

TAMARIT SUMALLA, J.M, "Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores. (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis) en la reforma penal de 2010, Thomson Reuters Aranzadi, 2010.

The National Center Victims Of Crime Model Stalking Code, Enero 2007.

VILLACAMPA ESTIARTE, C: «El proyectado delito de acecho: incriminación del stalking en derecho penal español», Cuadernos de política criminal, nº 109, 2013.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro», en *ReCrim* (revista online creada por el Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Valencia para la difusión de resultados de investigación en Criminología y Ciencias Penales), 2010.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "Stalking y Derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso", *Iustel*, 2009.

ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Supremo número 342/2013, de 17 de Abril de 2013.

ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Supremo número 97/2015, de 24 de Febrero de 2015.

ESPAÑA. Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña número 634/2015, de 3 de diciembre de 2015.

ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Supremo número 864/2015 de 10 de Diciembre de 2015.

ESPAÑA. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 738/2015, de 10 de diciembre de 2015.

ESPAÑA. Sentencia de la Audiencia Provincial de LLeida número 128/2016, de 7 de Abril de 2016.

ESPAÑA. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 183/2016, de 2 de marzo de 2016.

ESPAÑA. Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife número 87/2016, de 4 de marzo de 2016.

ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Supremo número 324/2017, de 8 de Mayo de 2017.

ESPAÑA. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria número 177/2017, de 8 de Mayo de 2017.

ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Supremo número 554/2017, de 12 de Julio de 2017.